DIE RECHTLICHE STELLUNG

DES

NEBENINTERVENIENTEN

NACH DER

DEUTSCHEN CIVILPROCESSORDNUNG.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

AN DER

UNIVERSITÄT ERLANGEN

VON

KURT REINHARDT

REFERENDAR ZU STRASSBURG i. E.

STRASSBURG.

DRUCK DER „STRASSB. NEUESTE NACHRICHTEN“, v. H. L. KAYSER

1895.

DIE RECHTLICHE STELLUNG

DES

NEBENINTERVENIENTEN

NACH DER

DEUTSCHEN CIVILPROCESSORDNUNG.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

AN DER

UNIVERSITÄT ERLANGEN

VON

KURT REINHARDT

REFERENDAR ZU STRASSBURG i. E.

STRASSBURG.

DRUCK DER „STRASSB. NEUESTE NACHRICHTEN“, v. H. L. KAYSER

1895.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0131

Wenn die Wissenschaft sich bemüht, die rechtliche Stellung des Nebenintervenienten im Prozess begrifflich zu fixiren, so ist dieses nicht Selbstzweck. Es handelt sich vielmehr darum, aus den wenigen im Gesetze enthaltenen Bestimmungen bezüglich der Nebenintervention den Mittelpunkt des ganzen Instituts — das ist die rechtliche Stellung, welche das Gesetz dem Nebenintervenienten hat anweisen wollen — festzulegen, um dann aus diesem gefundenen Begriffe alle einzelnen Befugnisse und rechtlich erheblichen Beziehungen des Nebenintervenienten deduzieren zu können.

Wäre dem nicht so, wäre man nicht berechtigt, aus dem im Wege der Induktion gefundenen Begriff des Nebenintervenienten, welcher die wissenschaftliche Gesamtauffassung jenes Instituts birgt, Schlüsse auf einzelne dem Nebenintervenienten zustehende Befugnisse zu machen[1]), so wäre jene ganze Ar-

[1]) Francke scheint dieser Ansicht zu sein, denn er sagt in seiner Schrift „Die Nebenparteien nach der deutschen CPO." S. 119: „Schultze's Grund kann vom Verfasser nicht anerkannt werden. Schultze leitet nämlich diesen Satz lediglich aus der Vertreter-Eigenschaft der unselbstständigen Nebenpartei ab, welche derselben aber nicht durch ausdrücklichen Ausspruch des Gesetzes beigelegt ist, sondern aus den Vorschriften des Gesetzes als wissenschaftliche Gesamt-Auffassung derselben von Schultze gefolgert wird; eine solche Auffassung ist eine Folgerung aus sämtlichen Vorschriften und keine derselben kann daher aus ihr gefolgert werden." Gewiss ist jene Auffassung eine Folge aus sämtlichen Vorschriften, aber die Wissenschaft bildet sich eben diese Auffassung, um neue, rechtlich erhebliche Beziehungen folgern zu können. Es handelt sich bei der wissenschaftlichen Erkenntnis eines jeden Rechtsinstituts, wie sich Laband gelegentlich ausgedrückt hat, gleichsam um die Auffindung des Mittelpunktes des Kreises, nach dessen Auffindung man die sämtlichen Punkte der Peripherie bestimmen kann.

beit, die rechtliche Stellung begrifflich zu fixiren, weil fruchtlos, überflüssig.

Da also der Zweck der begrifflichen Feststellung der rechtlichen Stellung des Nebenintervenienten ein durchaus praktischer ist, da es sich nicht um Auffindung von Namen und toten Worten handelt, so sind Bezeichnungen, welchen eine juristische Bedeutung nicht zukommt, aus denen also juristisch bedeutsame Folgerungen nicht gezogen werden können, wie „Parteigehilfe", „Assistent", „Gehilfe, der an die Seite der Partei tritt", nicht zu verwerten. Dasselbe gilt von der Bezeichnung des Nebenintervenienten als „Nebenpartei". Diese Bezeichnung hat man wohl gewählt, weil § 64 CPO. von einer „Hauptpartei" spricht. Die Parteien zerfallen nicht in Haupt- und Nebenparteien, wie v. Canstein[1]) sagt, die deutsche CPO. hat vielmehr einen einheitlichen Begriff der Prozesspartei; das Wort „Hauptpartei", welches übrigens nur in § 64 und 65 gebraucht wird, ist lediglich ein kurzer Ausdruck für die vom Nebenintervenienten unterstützte Prozesspartei[2]). Dass der Nebenintervenient des § 64 nicht wirkliche Prozesspartei ist, ist heute unbestritten; es wird daher in dieser Richtung keiner besonderen Erörterung bedürfen.

A. S. Schultze hat in seiner Schrift „Die sog. Nebenintervention" die rechtliche Stellung des Nebenintervenienten als die eines gesetzlichen Stellvertreters der Prozesspartei kraft eigenen Rechtes entwickelt, und es sind ihm die meisten Schriftsteller — wenigstens was den im ersten Abschnitt zu behandelnden Fall des § 64 CPO. angeht — gefolgt[3]). Die gegenwärtige Arbeit, welche durchaus auf dem Boden der

---

[1]) Zeitschr. f. Civilpr., VIII, S. 219.

[2]) § 66 CPO. spricht auch von einem „Hauptprozess", was auch lediglich ein kurzer Ausdruck sein soll für den Prozess, in welchem der Intervenient zur Unterstützung der einen Partei beitrat.

[3]) So: Francke „Die Nebenparteien", S. 116 ff., v. Amulunxen, „Die notwendige Streitgenossenschaft", S. 76 ff., Hell-

Schultze'schen Auffassung steht, bezweckt nun in der Hauptsache eine Entgegnung auf die Einwendungen, welche man seither gegen die von Schultze aufgestellte Ansicht erhoben hat, und soll sodann eine Erörterung der einzelnen Streitpunkte umfassen, welche unter den Vertretern der „Stellvertretungstheorie" bestehen.

I.

Der Nebenintervenient des § 64.

Mit Recht sagt Wach, dass Handeln mit Wirksamkeit für einen anderen nicht immer Stellvertretung zu sein braucht. Verkauf der fremden verpfändeten Sache mit der Folge der Eigentumsübertragung, Zahlung einer Geldsumme mit der Folge der Liberirung eines dritten von einer Schuld ist noch keine Stellvertretung, weil, wie Wach richtig bemerkt[1]), die Handlung für und gegen den Zahlenden, den Verkaufenden wirkt, weil er Subjekt jener Handlung sowohl, wie ihres rechtlichen Inhaltes ist. Der Begriff der Stellvertretung beruht also in erster Linie nicht auf der Wirkung meiner Handlung für einen Fremden, er beruht vielmehr in erster Linie auf der Qualität meiner Handlung als einer für mich rechtlich fremden. Im Gegensatz zum Handeln im eigenen Namen ist Stellvertretung rechtswirksames Handeln im fremden Namen. Mit dieser kurzen Definition ist der Begriff der Stellvertretung für das Privatrecht sowohl, wie für das Prozessrecht völlig erschöpft. Überall, wo ich rechtswirksam nicht im eigenen Namen handle, trete ich als Vertreter eines anderen auf. Es ist hierbei unwesentlich, aus welchem Grunde ich befugt bin, im fremden

mann, „Lehrbuch des Civilprocesses", S. 229, Löning, Zeitschr. f. Civilpr. IV, S. 78; ferner Petersen, Seuffert, Struckmann-Koch, Wilmowski-Levi in ihren Anmerkungen zu § 64.

[1]) Handbuch des deutschen Civilprocesses § 51 Anm. 1.

Namen zu handeln. Ob also jemand auf Grund einer Bevollmächtigung von seiten eines anderen in dessen Namen rechtswirksam thätig ist, oder ob ihm eine gesetzliche Bestimmung aus irgendwelchem Motive ein Recht hierzu giebt, ist für den Begriff der Stellvertretung gleichgültig.

Wach[1]) und Weismann[2]) setzen dem Begriff der Stellvertretung „das Handeln im eigenen Namen kraft eigenen Rechts“ gegenüber. Dass Handeln eigenen Namens den Gegensatz zur Stellvertretung bildet, ist schon gesagt. Handeln „kraft eigenen Rechts“ widerspricht aber, wenn anders ich nur im fremden Namen handle, dem Begriff der Stellvertretung nicht. Auch der Vormund hat ein Recht zum Handeln für den Minderjährigen. Allerdings ist diese Befugnis zum Handeln für den Minderjährigen im Interesse des zu Vertretenden angeordnet, und es tritt daher bei dem Institut der Vormundschaft weniger das Recht des Vormundes zum Handeln im fremden Namen, als die Nötigung[3]) des Minderjährigen, durch einen anderen handeln zu lassen, charakteristisch hervor. Die Vormundschaft ist ihrem Inhalte nach wesentlich eine Pflicht. Immerhin besteht aber auch ein Recht des Vormundes zum Handeln, da ohne ein solches eine Pflicht zum Handeln nicht gedacht werden kann. Jener Nötigung des einen, für sich handeln zu lassen, muss das Recht eines anderen, für diesen handeln zu dürfen, notwendig korrespondieren. Es ist aber auch der Fall möglich, dass jenem Recht, im fremden Namen zu handeln, eine Pflicht nicht korrespondirt, dass sich also das Handeln im fremden Namen lediglich als ein Recht

---

[1]) A. a. O., S. 615, No. 9.

[2]) Weismann: „Hauptintervention und Streitgenossenschaft“, S. 135, Anm. 7.

[3]) Dass es sich hier in erster Linie um eine gesetzliche Nötigung, durch andere vertretungsweise handeln zu lassen, handelt, betont mit Recht Wach a. a. O., S. 586, No. 1. Mit Unrecht folgert er aber daraus, dass der Vertreter kein eigenes Recht zum Handeln habe.

darstellt[1]). Charakterisirt sich in einem solchen Falle das Handeln im fremden Namen anders? Wird dadurch, dass ich lediglich ein Recht zum Handeln im fremden Namen habe, für den Fall dieses meines Handelns der Begriff der Stellvertretung ausgeschlossen? Offenbar nicht. Denn jene Pflicht zum Handeln, oder vom Standpunkte des zu Vertretenden gesprochen, jene Nötigung, durch einen andern handeln zu lassen, gründet sich nicht auf das Wesen der Stellvertretung, sondern leitet sich lediglich aus dem Motive her, aus welchem das Gesetz in jenen Fällen die Stellvertretung anordnet. Ist nun aber das Motiv, aus dem das Gesetz jemandem die Befugnis zum Handeln im fremden Namen gewährt, nicht das Interesse für jenen andern, sondern das Interesse für ihn selbst, ist also der betreffende kraft eigenen Rechtes befugt, im fremden Namen zu handeln, so kann man hieraus wohl Schlüsse bez. des Umfanges der Befugnis, im fremden Namen zu handeln, ziehen, keineswegs kann man aber jenes Handeln im fremden Namen, welches kraft eigenen Interesses des Handelnden gesetzlich gestattet ist, von einem anderen juristischen Gesichtspunkte aus betrachten, als dasjenige, welches im fremden Interesse gesetzlich angeordnet ist.

Der Nebenintervenient handelt nun, wenn er von der in § 64 CPO. ihm gegebenen Befugnis „Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen", Gebrauch macht, zwar kraft eigenen Rechts, denn das Gericht muss ihn, wenn er sein rechtliches Interesse am Siege der einen Partei glaubhaft macht, nach § 68 Abs. 1 CPO. zulassen, aber nicht eigenen Namens, sondern namens der Prozesspartei.

---

[1]) Allerdings sind Beispiele hierfür nicht so häufig. Das Staatsrecht bietet eines: der nächste Agnat — in einigen deutschen Staaten der Senior der Familie — hat für den Fall, dass die Einsetzung einer Regentschaft notwendig wird, ein festes, unentziehbares subjektives Recht auf dieselbe. Und dennoch übt er alle Regierungsrechte nicht eigenen Namens, sondern nur Namens des verhinderten Monarchen aus.

Die Wirksamkeit der Handlungen des Nebenintervenienten für den Prozess besteht nämlich darin, dass dieselben das Gericht zu berücksichtigen hat, dass dieselben zur Grundlage seiner Entscheidung dienen. Nach dem Begriff und Wesen des heutigen Civilprozesses ist nun die Vorlage des Prozessstoffes, welcher Grundlage der gerichtlichen Entscheidung wird, die Sache der Parteien. Sie, und zwar sie ausschliesslich, disponiren über den Umfang des Prozesses, sowie über die Mittel der Prozessführung. Die Parteien sind daher die einzigen im Prozess vor Gericht handelnden Persönlichkeiten. Nur was eine Partei oder deren Vertreter namens derselben vorbringt, ist für das Gericht massgebend. Für das eigene Handeln einer dritten Person ist kein Raum. Da sich aus der Prozessordnung eine Ausnahme von diesem Prinzip nicht nachweisen lässt[1]), so ist es schon das nächstliegende und naturgemässe, die Handlungen des Nebenintervenienten des § 64 — welcher ja nicht Partei ist, da sein Rechtsverhältnis nicht in lite ist — weil dieselben gleiche Wirkungen wie die Parteihandlungen hinsichtlich ihrer bindenden Kraft für das

---

[1]) Die CPO. führt zwar im 1. Buche einen Titel, welcher laut Überschrift von der „Beteiligung dritter am Rechtsstreite“ handelt, und behandelt in diesem Titel ausser der Nebenintervention die Hauptintervention, die Streitverkündung und die Benennung des wahren Besitzers (laudatio auctoris). Keines dieser Institute enthält aber eine Beteiligung eines Dritten in dem Sinne, dass etwa neben den Prozessparteien ein Raum für das selbstständige, auf eigene Rechnung und Namen gehende Handeln eines weiteren Prozesssubjektes geschaffen würde. Denn die Streitverkündung ist nur eine Form zur Herbeiführung einer Nebenintervention. Die laudatio auctoris ist eine Streitverkündung mit prozesshindernder Wirkung, infolge deren der Benannte, soweit es sich um Restitution der Sache handelt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle in den Prozess als Partei eintreten kann. Will der Beklagte jedoch im Prozess verharren, so führt auch die laudatio auctoris zu einer Nebenintervention. Die Hauptintervention ist endlich eine selbstständige Klage, durch die 2 neue Prozesse anhängig werden. Die Thätigkeit des Hauptintervenienten ist also Parteithätigkeit.

Gericht haben, als Namens der Partei vorgenommen anzusehen. Ich sage, es ist dies schon das nächstliegende und naturgemässe, ein Beweis, dass die Handlungen des Nebenintervenienten rechtlich nichts anderes als Handlungen der Partei sind, ist damit noch nicht gegeben. Will man aber dieses nicht annehmen, so muss man sich bequemen, den Eintritt eines neuen, auf eigene Rechnung handelnden Prozesssubjektes zu unterstellen. Wach und Weismann thuen dieses auch. Letzterer[1]) sagt in dieser Beziehung, es wirken jene Handlungen des Nebenintervenienten nicht unmittelbar für die Partei, sondern nur mittelbar, sofern sie die Grundlage des Urteils bilden, sie seien für ihn selber wirksam, sofern allemal das Urteil irgendwie für ihn selber wirksam sei. Man muss hier jedoch klar unterscheiden zwischen der prozessualen Bedeutung und Wirkung der Handlungen des Nebenintervenienten und der indirekten Wirkung derselben auf die materiellen Rechtsverhältnisse. In materiellrechtlicher Beziehung haben seine Handlungen im Prozess auch eine indirekte Rückwirkung für ihn, sofern er durch das ergehende Urteil, welches zwar eine unmittelbare Rechtskraftwirkung für ihn nicht hat, in eine günstigere oder ungünstigere Rechtslage geraten kann. Letzteres ist aber für ihre Qualität als Prozesshandlungen unerheblich. Und hier handelt es sich allein um die Wirkung für den Prozess.

Prozessualische Wirkungen können nun die Handlungen des Nebenintervenienten für ihn niemals haben, es lassen sich gar keine prozessualischen Wirkungen seiner Handlungen für ihn denken. Denn die Prozesshandlungen wollen immer nur auf die urteilsmässige Feststellung des in Streit befindlichen Rechtsverhältnisses nach der einen oder anderen Richtung hin wirken, ein Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten ist aber gar nicht zwecks rechtkräftiger Feststellung in lite; seine Handlungen können somit eine unmittelbare, d. h. im Prozesse

[1]) A. a. O., S. 135, Anm. 7.

sich äussernde Wirkung für ihn gar nicht haben. Alle seine Handlungen haben zum letzten Zweck die Herbeiführung einer günstigen Entscheidung für die Partei, also nur für diese können sie wirken, und zwar nicht mittelbar, wie Weismann meint, sondern im Gegenteil ganz unmittelbar. Wie überhaupt eine Prozesshandlung eine nur unmittelbare Wirkung für den Prozess haben soll, ist unklar. Die Wirksamkeit einer jeden Prozesshandlung besteht eben darin, dass der Richter sie zu berücksichtigen und in letzter Linie zur Grundlage seines Urteils zu machen hat. Und eben dieses ist gemeint, wenn die CPO. in § 64 dem Nebenintervenienten die Befugnis erteilt, alle Prozesshandlungen „wirksam" vorzunehmen.

Wenn sich nun auch aus dem Umstande, dass die Handlungen des Nebenintervenienten für die Partei wirken, noch kein sicherer Schluss auf ein bestehendes Stellvertretungsverhältnis ziehen lässt, da Handeln mit Wirksamkeit für einen anderen nicht immer auf einer Stellvertretung zu beruhen braucht, so scheint mir doch die Thatsache, dass seine Handlungen gar keine prozessualen Wirkungen für ihn selbst hervorzubringen im stande sind, einer der Gründe zu sein, welche gegen die Annahme sprechen, dass er ein besonderes Prozesssubjekt sei. Ein Prozesssubjekt, welches prozessualisch für sich selbst gar nichts wirken kann, ist ein Widersinn. Wenn meine Handlungen auch Wirkungen für dritte haben, so haben sie daneben doch immer auch eine gewisse Wirkung für mich, da ich ja, wenn ich im eigenen Namen handle, wie Wach[1]) richtig sagt, „nicht nur Subjekt der Handlung", sondern auch, trotz der nebenhergehenden Wirkung für einen anderen, „Subjekt des rechtlichen Inhaltes jener Handlung" bin.

In zwei Fällen lässt es sich nun nachweisen, dass nicht der Nebenintervenient, sondern nur die Partei Subjekt des rechtlichen Inhaltes der Intervenientenhandlung, und mithin auch Subjekt jener Handlung selbst sein kann. Der eine Fall

[1]) A. a. O., § 51, Anm. 1.

ist der eines Thatsachengeständnisses seitens des Nebenintervenienten. Die bindende Kraft eines solchen ruht in seiner Eigenschaft als dispositive Parteihandlung; nur die von der Partei zugestandenen Thatsachen bedürfen des Beweises nicht; bez. der vom Nebenintervenienten zugestandenen Thatsachen kann dieses nicht gelten, wenn man ihn als eigenen Namens handelndes Prozesssubjekt ansieht, da er als solches nicht befugt sein kann, dispositive Parteihandlungen vorzunehmen. Nur aus der Eigenschaft dieses Geständnisses als einer namens der Partei vorgenommenen Handlung kann ihr die in § 261 CPO. ausgesprochene bindende Kraft zukommen. Man[1]) hat nun zwar die Möglichkeit eines Thatsachengeständnisses seitens des Nebenintervenienten bestritten. Ein Grund hierfür ist jedoch nicht abzusehen, wenn man überhaupt zugiebt, dass der Nebenintervenient befugt ist, mit dem Gegner zu verhandeln. Man kann doch nicht verlangen, dass der Nebenintervenient, blos weil er Nebenintervenient ist, jedwede vom Gegner behauptete Thatsache bestreitet!

Ebenso verhält es sich mit der Zu- und Zurückschiebung eines Eides. Dieselbe ist ein Prozessrechtsgeschäft der Partei, durch welches diese den Gegner zu einer bindenden Erklärung zwingt und sich selbst zugleich insofern bindet, als sie für den Fall des Ausschwörens des Eides eine Thatsache als gegen sich bewiesen anerkennen muss. Das gleiche ist bei der Zurückschiebung der Fall; hier muss die zurückschiebende Partei eventuell eine Thatsache als gegen sich bewiesen anerkennen. In der Zu- oder Zurückschiebung eines Eides liegt also allemal ein formelles, bedingtes Geständnis der Partei[2]). Nur aus ihrer Natur als formelles, bedingtes Parteigeständnis,

---

[1]) v. Canstein in der Zeitschr. f. Civilprozess, Bd. VIII, S. 244, 251, mit der Begründung, dass ein Geständnis nicht geeignet sei, den Sieg der Partei zu fördern.

[2]) Vergl. die Abhandlung von v. Canstein in der Zeitschr. f. Civilprocess, Bd. II, S. 297 ff., besonders S. 312 ff.

aus ihrem Wesen als Parteirechtsgeschäft schöpft die Eideszuschiebung ihre formell feststellende Wirkung, das bedingte Geständnis eines anderen Prozesssubjektes, das nicht Partei ist, könnte für die Partei diese formelle Wirkung nicht haben, sondern doch nur für dieses andere Prozesssubjekt selbst. Gegen den Nebenintervenienten ist nun eine solche Wirkung unmöglich, für und gegen ihn soll ja gar nichts festgestellt werden. Gestattet man daher dem Nebenintervenienten die Zu- und Zurückschiebung eines Eides, — und man muss sie ihm gestatten[1]), da § 64 ihn zu „allen" Prozesshandlungen berechtigt — so kann man sie ihm nie eigenen Namens, sondern nur Namens der Partei gestatten.

Wenn nun schon aus dem gesagten hervorgeht, dass die Handlungen des Nebenintervenienten als namens der Partei vorgenommen angesehen werden müssen, so schliesst der Umstand, dass diese Handlungen in § 64 CPO. für wirkungslos erklärt werden, sofern sie mit Handlungen der Partei in Widerspruch stehen, m. E., die Annahme einer eigenen Namens vorgenommenen Handlung aus. Sind die Handlungen des Nebenintervenienten

[1]) v. Canstein (Zeitschr. f. Civilprozess, Bd. VIII, S. 251) will dem Nebenintervenienten die Zu- bezw. Zurückschiebung eines Eides nicht gestatten, weil eben ein bedingtes Geständnis darin enthalten ist, weil dieselbe daher nicht geeignet sei, den Sieg der Prozesspartei zu fördern. Dass nun der Nebenintervenient im Laufe der Verhandlung auch Thatsachen zugestehen darf, dass er m. E. nicht alle Behauptungen des Gegners bestreiten muss, ist bereits gesagt. Die Eideszuschiebung ist nun aber auch nicht in erster Linie ein Geständnis, sie ist dies erst in zweiter Linie. In erster Linie ist sie Beweismittel; es will der Zuschiebende nicht in erster Linie selbst etwas zugestehen, sondern womöglich vom Gegner ein Geständnis erlangen. Dieses Beweismittel ist wohl geeignet, den Sieg der Partei zu fördern. In manchen Fällen kann ja die Eideszuschiebung das einzige Mittel sein, den Anspruch der Partei unter Beweis zu stellen. Allerdings ist dieses Beweismittel ein zweischneidiges, sofern es für den Fall der Annahme und Ausschwörung des Eides lediglich nachteilige Folgen für die Partei nach sich zieht. — Vergl. Erkenntnis des Reichsgerichts vom 3. Juni 1885, abgedruckt bei Gruchot, „Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts", Bd. 29, S. 1054 f.

prozessrechtlich als dessen eigene Handlungen anzusehen, d. h. ist er Subjekt derselben, so ist die Annullirung derselben durch den Umstand, dass sie in Widerspruch zu Handlungen eines anderen Subjektes stehen, kaum juristisch zu erklären. Denn dass die Handlungen, die ich eigenen Namens vornehme, und gesetzlich berechtigt bin, vorzunehmen, sofern ihnen selbst nicht ein Mangel anhaftet, infolge dessen ihnen die rechtliche Wirksamkeit versagt ist, durch den einfachen Widerspruch eines anderen nichtig werden, ist etwas unerhörtes. Dieses Widerspruchsrecht ist eben nur so zu erklären, dass nur die Parteien im Prozesse thätig werden können, dass alle Handlungen, falls andere Personen solche vornehmen, auf ihren Namen gehen, dass dem Nebenintervenienten daher auch nur gestattet ist, namens der Partei zu handeln, dass also seine Handlungen rechtlich solche der Partei sind. Die Handlungen und Erklärungen einer Partei müssen naturgemäss einheitliche sein. Hat nun der Nebenintervenient nicht den Intentionen der Partei gemäss gehandelt, so kann die Partei diese Handlung, welche rechtlich die ihrige ist, zurücknehmen, und dazu ist eben nur erfordert, dass sie eine der Handlung des Nebenintervenienten widersprechende Erklärung abgiebt oder eine widersprechende Handlung vornimmt.

Wenn nun, wie mir aus dem gesagten scheint, die Thätigkeit des Nebenintervenienten nicht eine auf dessen eigenen Namen gehende sein kann, so scheint mir — sofern nicht jemand noch ein neues Prozesssubjekt auffindet — danach erwiesen, dass sie auf den Namen der Partei gehen müssen, dass somit der Nebenintervenient nicht für sich, sondern für die Partei als Vertreter derselben handelt.

Es handelt sich nun um die Feststellung des Umfanges, innerhalb dessen der Nebenintervenient als Vertreter der Partei zu handeln befugt ist. In welcher Weise sich diese, sich auf gesetzliche Bestimmung gründende Stellvertretung des Nebenintervenienten von derjenigen des gesetzlichen Vertreters (im

engeren Sinne) und von der des Prozessbevollmächtigten unterscheidet, hat Schultze[1]) zur Genüge erörtert. Der Hauptunterschied besteht darin, dass „der Nebenintervenient eine prozessfähige Partei vertritt, welche zum selbstständigen Handeln im Rechtsstreit ebenfalls vollbefugt ist." Die Partei erhält also für ihre Prozessführung eine materielle Stütze. Das Verhältnis gestaltet sich also dem Gegner gegenüber ähnlich, wie bei dem Fall der sog. qualifizierten Streitgenossenschaft, wo das Rechtsverhältnis den einzelnen Streitgenossen gegenüber einheitlich festgestellt werden kann. Es vertreten hier wie dort zwei physische Personen dem Gegner gegenüber die eine Parteirolle, beide sind dem Gegner gegenüber legitimirt auf den denselben prozessualischen Erfolg — das ist die ihm ungünstige Feststellung bez. des streitigen Rechtsverhältnisses — durch prozessualische Handlungen hinzuwirken. Der Unterschied liegt aber darin, dass im Falle eines Vorliegens von zwiespältigen Handlungen und Erklärungen, bei der qualifizierten Streitgenossenschaft keine dieser Handlungen und Erklärungen der anderen vorgeht, sondern die einzelnen Handlungen oder Erklärungen für den Richter nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung nur als Beweismaterial in Betracht kommen, während bei einer Nebenintervention nach § 64 die Handlungen und Erklärungen der Partei unbedingt denen des Nebenintervenienten vorgehen. Der Nebenintervenient handelt namens der Partei neben derselben, die Partei bleibt natürlich immer zum handeln vollbefugt. Ihre Position wird aber durch den Beitritt eines Nebenintervenienten insofern verstärkt, als sie nun durch eine Person verbeistandet wird, welche kraft ihres rechtlichen Interesses am Ausgange des schwebenden Rechtsstreites befugt ist, ihre, der Partei, Sache zu vertreten, und welcher zu diesem Zwecke kraft gesetzlicher Bestimmung eine Legitimation erteilt ist, dem Gegner

[1]) A. a. O. S. 32 f.

gegenüber an Stelle der Partei zu handeln, alle Parteihandlungen namens der Partei solange vorzunehmen, als die Partei nicht durch ihr widersprechendes Verhalten kund giebt, dass sie eine Handlung oder Erklärung jener zum Zweck ihrer Verbeistandung in ihrem Namen handelnden Person nicht mehr als die ihrige angesehen wissen will.

Wach[1]) setzt das handeln „neben der Partei“ in einen Gegensatz zu einem Stellvertretungsverhältnis. Gewiss mit Unrecht, denn wenn man zugiebt, dass die Handlungen des Nebenintervenienten im Prozess als dessen eigene Handlungen keinen Sinn haben können, sondern lediglich als Parteihandlungen, so wird der auf diesem Handeln im fremden Namen beruhende Begriff der Stellvertretung durch den Umstand, dass derjenige, auf dessen Namen die Handlungen gehen, daneben handelt, keineswegs ausgeschlossen. Die CPO. selbst bietet ein Beispiel. Der Beistand, mit dem die Partei nach § 86 CPO. vor Gericht erscheinen kann, handelt naturgemäss neben der Partei, denn diese bleibt selbstverständlich selbst zum handeln vollbefugt; und doch ist jener Beistand Vertreter der Partei, denn „das von dem Beistande Vorgetragene gilt als von der Partei vorgebracht“, seine Handlungen gelten als solche der Partei, er handelt nicht im eigenen Namen auf eigene Rechnung, sondern in fremdem Namen. Genau dieselbe Natur und denselben Charakter wie die Handlungen des Beistandes im Sinne des § 86 haben die Handlungen des Nebenintervenienten. Beide handeln namens der Partei, aber so, dass für das selbstständige Handeln der Partei noch Raum bleibt. Um nicht missverstanden zu werden, muss ich gleich hinzufügen, dass der Nebenintervenient trotzdem nicht im prozessualisch-technischen Sinne Beistand (gemäss § 86 CPO.) ist. Dieses bedarf gegenüber der Behauptung, dass die Handlungen des Nebenintervenienten bez. ihrer rechtlichen Natur

---

[1]) A. a. O S. 614 III.

sich mit denen des Beistandes (nach § 86) völlig decken, einer näheren Erklärung, es bedarf einer Abgrenzung der rechtlichen Stellung des Nebenintervenienten gegenüber der des Beistandes (im prozessualisch-technischen Sinne). Gemeinsam ist beiden Personen das Handeln im fremden Namen, im Namen der Partei, verschieden ist bei beiden die Quelle, aus der die Legitimation zum handeln namens der Partei entspringt, und folgeweise der Umfang der Handlungsbefugnis. Die Legitimation des Beistandes zum handeln namens der Partei gründet sich auf deren Willen, sie legitimirt ihn hierzu, indem sie mit ihm vor Gericht erscheint. Die Legitimation des Nebenintervenienten zum handeln namens der Partei gründet sich auf das Gesetz, welches ihm ein Recht giebt, die Partei zu verbeistanden, indem es jeden, welcher ein rechtliches Interesse an dem Siege einer Prozesspartei glaubhaft macht, zum handeln namens dieser Partei legitimirt. Die Verbeistandung der Partei nach § 86 CPO. ist dieser in ihrem Interesse gestattet, das Auftreten des Nebenintervenienten zum Zweck der Verbeistandung der Partei ist ein diesem in seinem Interesse gestattetes Recht[1]). Demgemäss gestaltet sich auch

[1]) Die von v. Canstein in der Zeitschr. f. Civilpr. Bd. VIII S. 241 f., 249 f. entwickelte Ansicht, dass der Nebenintervenient des § 64 im Falle eines Widerspruchs der zu unterstützenden Partei — abgesehen von dem Falle des § 236 CPO. — mangels eines Interesses nicht zuzulassen sei, kann nicht als zutreffend erachtet werden. § 63 gewährt unzweideutig unter bestimmter Voraussetzung ein Recht zum Beitritt, § 68 Abs. 1 bestimmt, dass es lediglich der Glaubhaftmachung dieser Voraussetzung bedürfe. Diese Voraussetzung ist das Interesse am Siege der einen Partei. Dieses bleibt gewiss auch dann bestehen, wenn die zu unterstützende Partei widerspricht. Dass die Partei alle Handlungen des Nebenintervenienten unwirksam machen kann, löscht auch nicht sein Interesse am Siege derselben aus. Und wenn man behauptet, dass ja der zurückgewiesene Nebenintervenient in einem späteren Prozess der ihn zurückweisenden Partei alle unausgeführten Rechtsbehelfe und überhaupt die mangelhafte Prozessführung entgegensetzen kann, so bleibt es trotzdem für den Nebenintervenienten von Wichtigkeit, am Prozesse

der Umfang der Vertretungsbefugnis bei beiden Personen verschieden. Der Beistand handelt nur wirksam innerhalb der mündlichen Verhandlung, solange ihm die Gegenwart der Partei hierzu berechtigt. Da die Vertretungsbefugnis des Nebenintervenienten hingegen nicht auf dem Willen der Partei beruht, da er vielmehr gesetzlich ein- für allemal dem Gegner gegenüber legitimirt ist, alle Prozesshandlungen namens der unterstützten Prozesspartei wirksam vorzunehmen, so bedarf es zum gültigen handeln seinerseits nicht der Gegenwart der Partei. Die gesetzliche Legitimation ist ferner für den Nebenintervenienten, wie sich aus der ihm in § 63 Abs. 2 CPO. gewährten Befugnis, Rechtsmittel einzulegen, hervorgeht, nicht auf die mündliche Verhandlung beschränkt, sondern umfasst auch die ausserhalb derselben liegenden, namens der Partei vorzunehmenden Prozesshandlungen.

Der Nebenintervenient kann also im Gegensatz zu dem Beistande im prozessualisch-technischen Sinne auch ohne die Partei d. h. in deren Abwesenheit und ausserhalb der mündlichen Verhandlung für dieselbe handeln.

Aus dem gesagten erhellt nun, dass die sog. Beistandstheorie, welche von Sarwey, Siebenhaar und Kleiner[1]) vertreten wurde, keinen eigentlichen Gegensatz zu der Stellvertretungstheorie bildete[2]). Denn wer in dem Nebenintervenienten einen Beistand sieht, der erkennt damit, da der

teilzunehmen, um feststellen zu können, in welcher Richtung die Prozessführung von seiten der unterstützten Partei eine mangelhafte war. Nicht der unbedeutendste Zweck des Institutes der Nebenintervention ist die Verminderung der Prozesse; es sollen eben dadurch, dass man dem Nebenintervenienten ein Recht giebt zum Beitritt, solche Nachprozesse vermieden werden. v. Canstein's Ansicht steht nicht nur dem klaren Wortlaut des Gesetzes, sondern auch dem Zweck des Institutes entgegen.

[1]) In ihren Kommentaren zu § 64.

[2]) Einen wahren Gegensatz zur Stellvertretungstheorie bildet lediglich die oben besprochene Theorie Wach's, der ein neues eigenes Prozesssubjekt neben der Partei annimmt.

Beistand ja namens der Partei handelt, auch an, dass er Vertreter derselben ist; es kann dann nur ein Streit bez. des Umfanges der Vertretungsbefugnis herrschen, wobei es sich hauptsächlich um die Frage handelt, ob der Nebenintervenient auch in Abwesenheit der Partei handeln darf. In der Nebenintervention liegt allerdings eine Verbeistandung der Partei; dieselbe hat aber infolge der weitergehenden Legitimation zum handeln eine weitere Bedeutung als die in § 86 erwähnte. Man denke sich den Fall, dass eine Partei, welche zwar in erster Linie ihren Prozess selbst handelnd führen will, welche aber für ihre ganze Prozessführung den Beistand einer anderen Person wünscht, diese Person in Gemässheit des § 79. Abs. 2 ein- für allemal legitimirt, „neben ihr alle einzelnen Prozesshandlungen vorzunehmen, welche geeignet sind ihren Sieg zu fördern.“ Die die Partei verbeistandende Person ist in diesem Falle zweifellos befugt, falls die Partei einen Termin versäumt, durch ihr Handeln die Folgen der Versäumnis abzuwenden. Wir haben hier eine auf dem Parteiwillen beruhende Verbeistandung mit gleicher Legitimation zum handeln, wie bei der auf dem Gesetze beruhenden Verbeistandung durch den Nebenintervenienten. Das Wort Beistand bezeichnet an sich nur ein thatsächliches Verhältnis, es bezeichnet lediglich die Unterstützung der Partei durch handeln für dieselbe. Dass es eine Verbeistandung nur in der Form des causae adesse geben solle, ist nicht richtig. Dass im Falle des § 86 CPO. der Beistand nur in Gegenwart der Partei handelt, kommt lediglich daher, weil ihm in Abwesenheit der Partei eine Legitimation fehlt, weil eben die Partei ihn lediglich durch ihre Gegenwart legitimirt hat.

Die Befugnis des Nebenintervenienten innerhalb der mündlichen Verhandlung in Gegenwart oder Abwesenheit der Partei, sowie ausserhalb der Verhandlung „alle“ Prozesshandlungen vorzunehmen, ist an gewisse Schranken gebunden. Zunächst muss hervorgehoben werden, dass nur Prozesshandlungen in Frage kommen können; der Nebenintervenient ist nur Prozess-

vertreter, über die materiellen Rechtsverhältnisse steht ihm keine Disposition zu.

Die erste Schranke, an die der Nebenintervenient gebunden ist, ist die Bestimmung des § 64 CPO., dass er den Rechtsstreit in der Lage annehmen muss, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitrittes befindet. Er kann auf die durch Teil- oder Zwischenurtheil bereits erledigten Streitpunkte nicht zurückkommen; er kann Angriffs-, Verteidigungs- oder Beweismittel, auf welche die Partei wirksam verzichtet, oder welche sie durch Versäumnis verloren hat, nicht mehr vorbringen. Eine zweite Beschränkung der prozessualen Vertretungsbefugnis ergiebt sich aus dem Zwecke der Nebenintervention. Der Nebenintervenient ist nur zum Handeln befugt, um der Partei durch sein Handeln zum Siege zu verhelfen, soweit seine Handlungen dazu nicht geeignet sind, sind sie unwirksam. Wach[1]) erkennt die Richtigkeit dieser Beschränkung im Prinzip an, will dieselbe aber aus praktischen Gründen nicht gelten lassen, da ja die Partei jede für ihren Sieg ungeeignete Handlung des Nebenintervenienten wirkungslos machen kann. Immerhin bleibt jene Schranke notwendig für den Fall, dass die Partei dem Nebenintervenienten die Prozessführung völlig überlässt, dass er thatsächlich ohne sie handelt. Einmal aus dieser zweiten Beschränkung, zugleich aber auch aus dem Grunde, dass der Nebenintervenient die Partei nur in prozessualer, nicht auch in materiellrechtlicher Beziehung vertritt, folgt, dass er weder auf den Anspruch verzichten, noch denselben anerkennen, noch sich darüber vergleichen kann. Auch ist er nicht berechtigt, die Klage zurückzunehmen, zu ändern oder zu erweitern, da ein solches über den Zweck einer Nebenintervention hinausgehen würde. Auch ein Verzicht des Nebenintervenienten auf ein Angriffs-, Verteidigungs- oder Beweismittel kann die Partei nicht binden,

---

[1]) A. a. O., S. 641, No. 3.

da eine solche Handlung an sich als ungeeignet erscheint, den Sieg der Partei zu fördern.

Eine dritte Schranke erhält die Vertretungsbefugnis des Nebenintervenienten durch die positive Bestimmung des § 64 CPO., dass der Nebenintervenient alle Prozesshandlungen nur insoweit wirksam vornehmen kann, als „nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen". Daraus geht nun ein Doppeltes hervor. Einmal ist damit gesagt, dass die Handlungen des Nebenintervenienten als solche an sich wirken, es bedarf eines Gutheissens seitens der Partei nicht. Zweitens geht daraus hervor, dass der Widerspruch nur in positiven Handlungen und Erklärungen bestehen kann, dass Unterlassen, insbesondere Versäumnis keinen Widerspruch darstellt. Dieses ist auch ausser Streit. Die widersprechende Handlung oder Erklärung der Partei kann nun zeitlich der Handlung des Nebenintervenienten vorgehen; in diesem Falle ist für die letztere kein Raum mehr, sie ist von vorneherein, weil unzulässig, wirkungslos. Folgt die widersprechende Handlung der Partei der des Nebenintervenienten zeitlich nach, so stellt sich diese Handlung der Partei als ein Widerruf einer auf ihren Namen gehenden Handlung dar. Es lässt sich hiernach leicht der Umfang bestimmen, in dem die Partei nachträglich eine widersprechende Handlung oder Erklärung vornehmen kann. Hat der Nebenintervenient diejenige Handlung oder Erklärung, welche die Partei zurücknehmen will, in deren Gegenwart vorgenommen, so wird man der Partei den Widerruf nur dann gestatten, wenn sie eine solche Erklärung oder Handlung auch, wenn sie dieselbe selbst vorgenommen hätte, zurücknehmen könnte. Ein vom Nebenintervenienten in Gegenwart der Partei gemachtes Geständnis kann also die Partei gemäss analoger Anwendung von § 81 CPO. nicht ohne weiteres widerrufen[1].

[1]) Im Resultat stimmt Wach (a. a. O., S. 642) überein. Seine Begründung, dass das Schweigen der Partei nach allgemeinen Aus-

Hat aber der Nebenintervenient ohne Beisein der Partei gehandelt, so ist eine Korrektur seiner Handlungen der Partei in demselben Masse möglich, wie wenn eine Person ohne Auftrag gemäss § 85 CPO. in ihrem Namen in ihrer Abwesenheit den Prozess geführt hätte. Bez. der Frage, ob in einem solchen Falle eine teilweise Genehmigung der Prozessführung möglich ist, teile ich völlig die Ansicht Wachs, wonach im Prinzip man eine partielle Genehmigung anerkennen muss, mit der selbstverständlichen Beschränkung, dass keine Handlung genehmigt werden kann, ohne gleichzeitige Genehmigung ihrer Prämissen[1]).

Ich stimme auch dem bei Wach S. 599 sich findenden Passus bei: „Die Urteilsgrundlage liegt in der mündlichen „Verhandlung. Sie kann nicht zum Teil in dieser, zum Teil „in einer etwaigen schriftlichen Genehmigung liegen. Es kann „daher die Partei nicht erklären, dass sie bestimmte Geständ„nisse nicht genehmige, anderen zustimme, dass sie in ver„einzelten Punkten gestehe, wo bestritten worden ist, die Be„weisantretungen zum Teil sich aneigne, zum Teil ablehne".

legungsregeln als Zugeständnis aufgefasst werden müsse, ist jedoch nicht zutreffend. Der Satz qui tacet consentire videtur gilt im Prozessrecht, ebenso wie im materiellen Recht, nicht absolut, sondern nur mit wesentlichen Beschränkungen. In erster Linie beschränkt er sich durch das Prinzip der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung, jeder einzelne Termin ist die mündliche Verhandlung, und ein Schweigen in einem Termin entzieht noch nicht das Recht, sich in einem zweiten zu erklären. Wenn man, wie Wach, den Nebenintervenienten nicht als Vertreter der Partei, sondern als eigenes Prozesssubjekt aufgefasst wissen will, so kann man demnach die Partei trotz ihres Schweigens in einem Termin nicht hindern, sich in einem zweiten zu erklären und so das Geständnis des Nebenintervenienten hinfällig zu machen.

[1]) Die gegenteilige Ansicht von Gaupp in Anm. IV, 2 zu § 85 entbehrt einer Begründung. Wenn er zur Begründung sagt, dass „unter Genehmigung, zu deren Beibringung die Frist erteilt wird, eine unbedingte und vollständige zu verstehen ist", so ist dies petitio principii.

Nur möchte ich hier betonen, dass die Zurücknahme dieser einzelnen Handlungen oder Erklärungen nur in der schriftlichen Genehmigung nicht möglich ist, weil die Urteilsgrundlage eben die mündliche Verhandlung ist. Will jedoch die durch den Geschäftsführer ohne Auftrag vertretene Partei im Anschluss an die auftraglose Stellvertretung den Prozess fortsetzen, so liegt kein Grund vor, weshalb die Partei, wenn die mündliche Verhandlung fortgesetzt wird, innerhalb derselben nicht alle jene einzelnen Handlungen oder Erklärungen des Geschäftsführers soll zurücknehmen, insbesondere Geständnisse widerrufen, thatsächliche Erklärungen soll berichtigen können. Dennoch ist die Partei in gewissen Beziehungen durch die Handlungen des sie vertretenden Geschäftsführers gebunden. Sie kann eine prozesshindernde Einrede, welche der Geschäftsführer durch vorbehaltloses Verhandeln zur Hauptsache verloren hat, nur unter der Bedingung des § 247, Abs. 3 CPO. noch vorbringen; sie kann ferner die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift nicht mehr rügen, wenn der Geschäftsführer bei der mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betr. Verfahrens stattgefunden hat, oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat (§ 267). — Ganz in demselben Masse wird man eine Korrektur der Handlungen oder Erklärungen des ohne die Partei handelnden Nebenintervenienten durch die Partei zuzulassen haben. Denn auch hier handelt es sich um einen Widerspruch seitens der Partei gegen eine zwar in ihrem Namen, aber ohne ihren Auftrag vorgenommene Handlung.

Aus dem gesagten geht ferner hervor, dass das Widerspruchsrecht der Partei für den Fall wesentlich beschränkt ist, dass sie stillschweigend oder ausdrücklich dem Nebenintervenienten die gesamte Prozessführung überlassen hat. Für diesen Fall muss die Partei ebenso wie bei einer stillschweigenden Genehmigung einer auftraglosen Stellvertretung

gemäss § 85, Abs. 2 CPO. die Prozessführung gegen sich gelten lassen.

Bisher war blos von der aktiven Vertretungsbefugnis des Nebenintervenienten die Rede, es fragt sich nun, wieweit der Nebenintervenient die Partei passiv, ohne selbst zu handeln, repräsentirt, oder anders ausgedrückt, in wieweit Handlung, die der Gegner dem Nebenintervenienten gegenüber vornimmt, in demselben Masse wirken, als hätte er sie der vertretenen Partei gegenüber vorgenommen. Der § 64 CPO. spricht nur von einer Befugnis des Nebenintervenienten zum Handeln, eine passive Repräsentation der Partei durch den Nebenintervenienten erwähnt er nicht. Man muss daher annehmen, dass eine passive Repräsentation der Partei durch den Nebenintervenienten nur insoweit zulässig ist, als sie mit Notwendigkeit aus seiner aktiven Vertretungsbefugnis folgt. Daraus nun, dass der Nebenintervenient innerhalb der mündlichen Verhandlung dem Gegner gegenüber alle Prozesshandlungen wirksam vornehmen kann, folgt notwendig, dass ein gleiches auch für den Gegner gelten muss, er darf unmöglich durch das Ausbleiben der Partei etwa schlechter gestellt werden. Dagegen folgt daraus, dass der Nebenintervenient auch ausserhalb der Verhandlung alle Prozessakte dem Gegner gegenüber wirksam vornehmen kann, noch nicht mit Notwendigkeit ein gleiches Recht für den Gegner. Es kann ihm somit eine wirksame Vornahme von Prozesshandlungen ausserhalb der mündlichen Verhandlung nur der Partei gegenüber gestattet sein. Hierin liegt ein weiterer Unterschied zwischen der Vertretung der Partei durch den Nebenintervenienten und einer solchen durch einen Bevollmächtigten oder gesetzlichen Vertreter (im engeren Sinne). In diesen Vertretungsfällen ist die passive Repräsentation eine vollständige, d. h. alle Handlungen, die der Gegner dem Vertreter gegenüber vornimmt, wirken immer so, als hätte er sie der Partei gegenüber vorgenommen. Anders bei der Vertretung durch den Nebeninter-

venienten, Zustellungen und Ladungen an den Nebenintervenienten, ohne gleichzeitige Zustellung und Ladung an die Partei sind unwirksam.

Gemäss der bisher entwickelten rechtlichen Stellung kann der Nebenintervenient als Parteivertreter grundsätzlich alle prozessualischen Handlungen mit voller zu Gunsten und zum Schaden der Partei eintretender Wirksamkeit vornehmen. Er kann also Behauptungen des Gegners bestreiten oder dieselben zugestehen, sein Geständnis kann er nur unter denselben Voraussetzungen, wie die Partei widerrufen, er kann alle prozessualischen und materiellrechtlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen, auch Rechtsmittel oder Einspruch für die Partei einlegen, sowie die eingelegten Rechtsmittel durchführen. Zu den Rechtsmitteln der CPO. gehört die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht[1]). Diese stellt sich vielmehr als eine neue Klage dar, zu deren Erhebung der Nebenintervenient infolge seines Beitrittes im Vorprozess noch nicht befugt sein kann. Ist das Wiederaufnahmeverfahren eröffnet, so steht seinem abermaligen Beitritt natürlich nichts im Wege. Da der Nebenintervenient Beweis antreten kann, so kann er auch dem Gegner Eide zuschieben und kann den der Partei zugeschobenen Eid zurückschieben[2]). Nach § 414 CPO. kann jedoch dem Nebenintervenienten des § 64 kein Eid zu- oder zurückgeschoben werden, falls nicht die Parteien in Betreff des zu leistenden Eides einig sind und der Eid sich auf Thatsachen bezieht (§ 415 CPO.). Es ist dies die konsequente Folge aus der dem Nebenintervenienten zukommenden Stellung als Vertreter der Partei. Als solcher kann er keine Eide für die Partei leisten, ihm kann demgemäss auch nicht der richterliche Eid nach § 437 CPO. auferlegt werden, und er ist nicht

[1]) Ich beziehe mich auf die Ausführungen von Hinschius: Zeitschr. f. Civilpr. Bd. I, S. 7 ff.

[2]) Die gegenteilige Ansicht von Canstein's ist oben S. 10 bereits berührt.

zur eidlichen Schätzung des Schadens oder des Interesses nach § 250 CPO. zuzulassen. Editionsanträge namens der Partei zu stellen ist der Nebenintervenient berechtigt, eine von ihm geforderte Urkundenedition ist aber, wie gegen jeden dritten, der nicht Prozesspartei ist, gemäss § 393 ff. durch Klage zu verwirklichen. Streitig ist endlich, ob der Nebenintervenient eine Widerklage erheben oder eine Kompensationseinrede gültig vorbringen könne. Beides kann man m. E. weder absolut bejahen, noch absolut verneinen. Die Mehrzahl der Schriftsteller spricht dem Nebenintervenienten die Befugnis zur Erhebung einer Widerklage ab mit der Begründung, dass die Widerklage kein Angriffs- oder Verteidigungsmittel im Sinne der CPO. darstelle, dass durch sie vielmehr ein neuer Anspruch anhängig werde. Lippmann[1]) will dem Nebenintervenienten die Erhebung einer Widerklage ohne Einschränkung zugestehen, indem er, besonders gegen Löning[2]) dazuthun sucht, dass die Widerklage kein von den Angriffs- und Verteidigungsmittel verschiedenes Institut sei. Ich möchte nun zwar der Ansicht Lönings beitreten, der in klarer Weise (S. 22 a. a. O.) die Angriffsmittel definirt als „diejenigen Erklärungen einer Partei, welche von derselben zur Rechtfertigung und Begründung eines auf Zuerkennung eines Rechtsanspruchs gerichteten Antrags vorgebracht werden", und die Verteidigungsmittel als „diejenigen Erklärungen, durch welche eine Partei ihren Antrag auf Verwerfung des gegnerischen Antrags und Aberkennung des gegnerischen Anspruchs zu begründen sucht." Die Widerklage fällt unter diese Definition nicht. Trotzdem aber glaube ich, dass der Nebenintervenient zwar nicht jede Widerklage, aber doch alle diejenigen Widerklagen, welche für die im Hauptprozess ergehende Entscheidung präjudiziell sind, erheben kann, denn der § 64 CPO. spricht nicht nur von Angriffs- und Verteidigungsmitteln,

1) Archiv f. civ. Praxis Bd. 65 S. 430 ff., 433 f.
2) Zeitschr. f. Civilpr. Bd. IV S. 1 ff.

sondern er gewährt dem Nebenintervenienten generell die Befugnis, „alle Prozesshandlungen", welche der von ihm vertretenen Partei möglich sind, vorzunehmen, sofern sie natürlich für den Sieg der unterstützten Partei im gegenwärtigen Prozess zweckdienlich sind. Wenn also auch nur die Angriffs- und Verteidigungsmittel speciell beispielshalber aufgeführt sind, so ist doch die Bedeutung der allgemeinen Bestimmung des § 64 eine weitere. Der Paragraph hat offenbar die Anwendung aller Rechtsbehelfe, welche die Partei innerhalb des Prozesses erheben kann, auch dem Nebenintervenienten als deren Vertreter zugestehen wollen. Es liegt kein Grund vor, durch restriktive Interpretation zweckdienliche Rechtsbehelfe, die zwar nicht unter die Kategorie der Angriffs- und Verteidigungsmittel zu rechnen sind, dem Nebenintervenienten zu versagen. Dass nun eine Widerklage für das Interesse des Nebenintervenienten immer völlig irrelevant ist, kann ich Löning (S. 79) nicht zugeben. Wird im Laufe des Prozesses ein Rechtsverhältnis streitig, von dessen Bestehen der Sieg der vom Nebenintervenienten unterstützten Prozesspartei ganz oder zum Teil abhängt, so ist ein Interesse des Nebenintervenienten an der Feststellung des Bestehens desselben sicher begründet, und der Parteisieg wird durch eine günstige Feststellung sicher gefördert. Führt der Nebenintervenient ohne die Partei den Prozess, so kann er die der Partei günstige Feststellung, da er ja gesonderte Klage für sie nicht erheben kann, lediglich im Wege der Präjudizialwiderklage herbeiführen. Dagegen ist die Erhebung einer anderen Widerklage, welche für den Sieg der Partei nicht präjudiziell ist, für das Interesse des Nebenintervenienten allerdings völlig irrelevant; man kann ihm die Erhebung einer solchen also nicht gestatten.

Die Geltendmachung einer Kompensationseinrede wird dem Nebenintervenienten ziemlich allgemein ohne Einschränkung gestattet. Gaupp[1]) sagt, „dass der Nebenintervenient keine

[1]) Anm. II d. Note 10 zu § 64.

Kompensationseinrede geltend machen kann, folgt aus der Natur der Kompensationseinrede als Anspruch.“ Allerdings enthält sie die Geltendmachung eines Anspruchs, das Vorbringen derselben bezweckt jedoch die Aberkennung des gegnerischen Anspruchs, sie ist somit nach der oben citirten Löning'schen Definition als Verteidigungsmittel anzusehen, und man muss somit ihr Vorbringem dem Nebenintervenienten gestatten, allerdings mit einer Einschränkung. Wie bereits wiederholt hervorgehoben, ist der Nebenintervenient nur prozessualischer Vertreter der Prozesspartei, über deren materiellen Rechtsverhältnisse steht ihm keine Disposition zu. Man kann daher dem Nebenintervenienten nur dann gestatten, eine Kompensationseinrede vorzuschützen, wenn er nach bürgerlichem Recht befugt ist, über den der Kompensationseinrede zu Grunde liegenden Anspruch der Partei zu verfügen, oder wenn es sich um einen ihm zustehenden Anspruch handelt, sofern er überhaupt berechtigt ist, denselben dem gegenwärtigen Gegner gegenüber zur Kompensation zu stellen[1]).

Zum Schluss entsteht noch die Frage, welche Wirkung die Handlungen des provisorisch zugelassenen und später rechtskräftig zurückgewiesenen Nebenintervenienten haben. Die meisten Schriftsteller[2]) lehren, dass jene Handlungen schlechthin bedeutungslos sind. Wach sagt zur Begründung, dass

---

[1]) Im Resultat stimme ich also mit Schollmeyer „Die Komsationseinrede“ S. 90 überein. Vergl. auch die dort S. 88 f. citirten Beispiele. Die von Schollmeyer in dieser Beziehung begründete Ansicht wird allgemein verworfen, mit der Begründung, dass die Kompensationseinrede keine unentwickelte Widerklage sei (so Seuffert N. 2c zu § 64). Schollmeyer leitet aber das bez. des Nebenintervenienten gefundene Resultat gar nicht aus seiner Theorie von der unentwickelten Widerklage ab, seine Begründung ist eine andere. Sie kommt, wenigstens bez. der zweiten Reihe von Fällen (S. 88), auf das hier gesagte hinaus.

[2]) Wach S. 636, Wilmowski-Levi Anm. 2 zu § 68, Seuffert N. 2 zu § 68. Ebenso OLG. Hamburg Entsch. v. 19. Nov. 1888 cit. in Seuffert's Archiv Bd. 44 S. 460 f.

die Unzulässigkeitserklärung der Intervention für alle Interventionshandlungen Verneinung ihrer prozessualen Voraussetzung sei. Ich halte dies nicht für richtig. Die Unzulässigkeitserklärung stellt lediglich den infolge des mangelnden rechtlichen Interesses an der Endentscheidung vorhandenen Mangel der gesetzlichen Legitimation des Intervenienten zum Handeln namens der Partei fest. Die fehlende gesetzliche Legitimation zum Handeln kann aber doch jedenfalls durch nachträgliche Genehmigung der Partei ersetzt werden. Der Intervenient steht in solchem Falle dem provisorisch zugelassenen Geschäftsführer ohne Auftrag gleich; bei der unterstützten Partei steht es also, wie weit sie die betr. Handlungen als die ihrigen angesehen wissen will oder nicht.

Die bisher besprochene Vertretung der Partei durch den Nebenintervenienten ist, wie wir gesehen haben, eine Vertretung kraft eigenen Rechts, letzteres basirt auf seinem rechtlichen Interesse an der Endentscheidung. Hat er sein Interesse glaubhaft gemacht und ist er zugelassen worden, so wird er, wie § 68 Abs. 2 CPO. bereits für den nicht definitiv zugelassenen Nebenintervenienten bestimmt, „im Hauptverfahren zugezogen". Es ist ihm hierdurch das Recht auf gerichtliches Gehör gewährt. Dass er wirklich in allen Terminen auftritt, ist nicht notwendig, er muss aber die Möglichkeit gehabt haben, sich aktiv zu beteiligen. Ebenso wie der Partei infolge des Grundsatzes des wechselseitigen Gehörs die Möglichkeit geboten sein muss, durch eigenes Handeln ihre Interessen zu vertreten, so soll auch dem Nebenintervenienten die Gelegenheit nicht vorenthalten werden, durch Handeln in fremdem Namen sein Interesse wahrzunehmen. Aber auch dieses Recht schafft dem Nebenintervenienten nicht die Stellung als eigenes Prozesssubjekt, es ist vielmehr eine konsequente Folge aus dem Vertretungsverhältnis kraft eigenen Rechts. Würde man ihm dieses formelle Recht auf Zuziehung im Verfahren nicht gegeben haben, so wäre die ihm gesetzlich gewährte Vertretungs-

befugnis illusorisch. Er ist sonach zu allen Terminen zu laden. Ist er nicht gehörig geladen, so ist trotz des Erscheinens beider Parteien die Verhandlung zu vertagen, trotz des Ausbleibens der vom Nebenintervenienten unterstützten Partei ein Versäumnisurteil gegen diese nicht möglich, da, solange der gesetzlich legitimirte Vertreter der Partei die Möglichkeit, gehört zu werden, nicht hatte, das mündliche Vorbringen des Gegners nicht als zugestanden angenommen werden darf. Ist jedoch der Gegner nicht erschienen, so kann der unterstützten Partei ein Versäumnisurteil gegen diesen nicht aus dem Grunde versagt werden, weil sie den Nebenintervenienten nicht geladen hat, denn die Unterlassung der Ladung benachteiligt hier den Nebenintervenienten in keiner Weise in seinen Rechten. Dass ein Versäumnisurteil bei seinem Ausbleiben gegen ihn nicht möglich ist, geht aus seiner Stellung als Parteivertreter hervor.

Man hat aus dem Recht des Nebenintervenienten, im Verfahren zugezogen zu werden, vielfach gefolgert, dass die Rechtsmittel- und Einspruchsfrist nicht endigt, wenn die Zustellung nicht auch an ihn geschehen ist[1]). Ich halte dies für zu weit gehend. Das Recht auf Zuziehung im Verfahren soll dem Nebenintervenienten lediglich die Möglichkeit gewährleisten, mit seinem Vorbringen und Anträgen gehört zu werden, ein weiteres lässt sich aus der Bestimmung des § 68, Abs. 3 CPO. nicht herausinterpretiren. Die Rechtsstellung des Nebenintervenienten als gesetzlich legitimirter Prozessvertreter der Partei spricht ebenfalls dagegen. Er ist nicht Prozesssubjekt, aber nur einem solchen gegenüber hat die Zustellung einen Sinn. Zudem kann er Zustellungen für die Partei nicht gültig entgegennehmen, da Prozesshandlungen, welche ausserhalb der mündlichen Verhandlung dem Nebenintervenienten gegenüber vorgenommen sind, nicht als der Partei gegenüber vorgenommen

---

1) So Wach a. a. O., S. 643, III. Vergl. zugleich die dort citirten (Note 22) Ansichten dafür und dagegen.

gelten; es wäre jedenfalls ein Widerspruch, wollte man trotzdem eine Zustellung an den Nebenintervenienten verlangen, um das Endigen der Notfrist herbeizuführen. Andererseits muss man aus seinem Recht auf Gehör, welches ihm in gleicher Weise wie der Prozesspartei zukommt, und durch welches ihm die Möglichkeit garantirt werden soll, die zweckentsprechenden Prozesshandlungen vorzunehmen, folgern, dass ihm für den Fall, dass es ihm infolge von Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen nicht möglich war, die durch Zustellung an die Prozesspartei in Lauf gesetzte Notfrist einzuhalten, ebenso wie der Prozesspartei, auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen ist.

In einem Falle ist eine Zustellung an den Nebenintervenienten notwendig. Wenn nämlich der Gegner zugleich die Entscheidung bez. der durch die Nebenintervention entstandenen Kosten anfechten will, so muss er die Berufungs- bezw. Revisionsschrift dem Nebenintervenienten zustellen[1]). Dieser ist nämlich durch § 96, Abs. 1 bez. dieser Kosten einer Prozesspartei gleichgestellt. Er hat im Falle des Sieges der unterstützten Partei gegen den Gegner einen Anspruch auf Ersatz der ihm erwachsenen Kosten, und ist andererseits diesem im Falle des Unterliegens der unterstützten Partei zur Erstattung der ihm durch die Nebenintervention entstandenen Kosten nach den Regeln der §§ 87—93 CPO. verpflichtet. Enthält das Urteil keine Entscheidung bez. dieser Kosten, so kann auch der Nebenintervenient gemäss § 292 wie eine Prozesspartei für sich formell eine Ergänzung des Urteils verlangen.. Ebensowenig wie die unterstützte und unterliegende Partei prozessrechtlich verpflichtet ist, dem Gegner die durch die Nebenintervention entstandenen Kosten zu ersetzen, ebensowenig besteht nach Prozessrecht eine Kostenersatzpflicht zwischen

[1]) So: Entsch. des Reichsgerichts VI. C. S. vom 10. I. 1887 in der Juristischen Wochenschrift 1887, S. 64.

dem Nebenintervenienten und der unterstützten Partei, sodass die Frage, ob eine solche nach Civilrecht bestehe, nur in einem gesonderten Prozess aufgeworfen werden kann. Dass der ausländische Nebenintervenient des Klägers kautionspflichtig sei, ist bei der Beratung als selbstverständlich nicht für nötig befunden worden, besonders hervorzuheben[1]). Es erhebt sich die Frage, ob der Nebenintervenient des Beklagten vom ausländischen Kläger Sicherheit für die ihm veranlassten Kosten verlangen könne. Einige[2]) wollen ihm dieses Recht absprechen, weil der Nebenintervenient vom ausländischen Kläger nicht gezwungen werde, in den Rechtsstreit einzutreten; gewiss mit Unrecht, da der Beitritt gewöhnlich durch die Notwendigkeit, seine Interessen zu schützen, diktirt wird. Der durchschlagende Grund, der zu der Gewährung des bezüglichen Rechtes führt, dürfte wohl der sein, dass der Nebenintervenient auf Grund eigenen Rechts auftritt, dass er dem Gegner bez. der Kosten wie eine Prozesspartei gegenüber steht.

II.

Der Nebenintervenient des § 66.

Die bisher besprochene rechtliche Stellung des Nebenintervenienten ist die regelmässige. Der § 66 CPO. enthält eine Ausnahme, er bestimmt:

„Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts „die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Ent„scheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten „zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebeninter„venient im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Haupt„partei".

---

[1]) Motive S. 121.

[2]) So: Francke a. a. O. S. 117. Vergleiche die dort citirten Ansichten dafür und dagegen.

Bestritten ist zunächst, welche Fälle des bürgerlichen Rechts hierher gehören.

Das zwischen der unterstützenden Partei und dem Gegner ergehende Urteil kann in doppelter Weise die Rechtsverhältnisse des Nebenintervenienten zu Letzterem beeinflussen. Entweder es normirt das Verhältnis des Nebenintervenienten zum Gegner direkt, „indem die Entscheidung über das fremde Recht zugleich ist eine Entscheidung über das eigene Recht“[1], oder es setzt den Nebenintervenienten dem jetzigen Gegner gegenüber in einem Nachprozesse in eine mehr oder weniger günstige Beweislage. Zum Beispiel diene der Fall, dass der Bürge in dem Prozesse zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner intervenirt. Ist der das Bestehen der Schuld bestreitende Hauptschuldner unterlegen, so ist das Erkenntnis dem Bürgen gegenüber nicht in der Weise wirksam, dass nun auch ihm gegenüber rechtskräftig feststehe, dass die Hauptschuld zu Recht besteht. Trotzdem kann die Thatsache, dass bez. des streitigen Rechtsverhältnisses bereits ein zu seinen Ungunsten lautendes Urteil zwischen seinem jetzigen Gegner und einer anderen Person ergangen ist, für die prozessuale Lage des Bürgen, der infolge Insolvenz des Hauptschuldners vom Gläubiger belangt wird, keineswegs bedeutungslos sein. Es muss vielmehr, da jede richterliche Entscheidung prima facie auch eine rechtlich begründete, richtige Entscheidung ist, die prima facies gegen den Bürgen sprechen. Da nun aber jeder Beweis im Prozess niemals imstande ist, dem Richter eine volle Gewissheit der Wahrheit der zu beweisenden Thatsachen zu geben, da aber andererseits eine Endentscheidung fallen muss, es also ein „non liquet“ im Civilprozess nicht geben kann, so hat jede Partei nicht die gesamten Voraussetzungen der Rechtsentstehung oder -Erlöschung für die von ihr vorgebrachten Angriffs- oder Verteidigungsmittel

[1]) Wach, S. 621, III, 1.

zu behaupten und zu beweisen, sondern nur diejenigen Voraussetzungen, die prima facie den Anspruch als begründet oder erloschen erscheinen lassen. Das kontradiktorische Verfahren giebt dann dem Gegner Gelegenheit, diesen hervorgebrachten Schein zu widerlegen. Da nun in einem zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen anhängigen Nachprozess das dem Bürgen ungünstige Urteil im Erstprozess prima facie gegen diesen spricht, so wird der Bürge im Nachprozess, wenn der Gegner sich auf das ihm günstige Urteil im Erstprozess beruft, in eine ungünstige Lage versetzt, indem er den gegen ihn hervorgebrachten Schein gemäss den eben entwickelten Grundsätzen über den Beweis zu widerlegen hat. Seine rechtliche Lage wird also durch jenes Urteil in Bezug auf seine Beweispflicht verschlimmert. — Das Resultat ist also, dass auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zum Gegner entweder die Rechtskraft oder die Beweiskraft des ergehenden Urteils einwirken kann.

Wach behauptet nun: „Eine Beweiskraft des Urteils kommt nicht in Betracht, denn es besitzt solche schlechterdings nicht". „In der That handelt es sich um nichts anderes, als um die Abwendung eines dem Intervenienten ungünstigen Thatbestandsmomentes". Dieses Thatbestandmoment wäre bei den sog. Regress- und Entwährungsfällen — bei diesen behandelt Wach (s. 629) die Frage der Beweiskraft des Urteils — die Entwährungsthatsache. Diese Thatsache wird aber doch durch das Urteil bewiesen. Ferner genügt die Thatsache der Entwährung noch nicht zur vollen Begründung des Regressanspruchs, es ist vielmehr erforderlich, dass dem Regressberechtigten der betr. Vermögenswert, dessen habere licere der Regresspflichtige zu prästiren hat, auf Grund eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses, d. h. auf Grund eines zu Recht bestehenden besseren Anspruchs eines Dritten entzogen worden ist. In einem folgenden Regressprozess hat also der Kläger ausser der Entwährungsthatsache auch zu beweisen,

dass die Entwährung auf Grund eines besseren Rechtes eines dritten eingetreten ist. Kann dieses nun durch eine Berufung auf das vorliegende Urteil geschehen? Wach verneint dieses, das Urteil ist für ihn kein Beweismittel, der Kläger muss ohne Rücksicht darauf von neuem Beweis antreten. Diese seine Ansicht ist allerdings eine konsequente Folge seiner Auffassung von der Verteilung der Beweislast. S. 126 sagt Wach: „Es ist ein prozessualischer Satz, dass sich der Richter auf Grund des Beweises der spezifisch rechtserzeugenden Thatsachen vorerst der Existenz des Rechts überzeugt zu halten habe, bis seitens des Beklagten rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtsunwirksam machende Thatsachen dargethan sind". Danach hätte also der Regresskläger, der eine Entwährung auf Grund eines besseren Rechtes eines dritten behaupten und beweisen muss, die dieses bessere Recht des dritten erzeugenden Thatsachen zu beweisen und dabei könnte er sich allerdings nicht auf das Urteil im Vorprozess berufen, da dieses keine das bessere Recht des dritten erzeugende, sondern nur eine dasselbe für die Parteien rechtskräftig feststellende Thatsache ist. Nun ist aber diese ganze Unterscheidung von rechtserzeugenden und rechtshindernden Thatsachen eine unlogische, denn „spezifisch rechtserzeugende" Thatsachen giebt es gar nicht; jene Thatsachen, die jene Theorie als rechtserzeugende bezeichnen, sind gar nicht imstande, ein Recht entstehen zu lassen, sofern nicht die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsentstehung — Handlungsfähigkeit, Ernsthaftigkeit des Willens etc. – deren Vorhandensein, wie allgemein anerkannt ist, derjenige, welcher sich auf ein Recht beruft, nicht zu beweisen braucht, zu jenen sog. rechtserzeugenden Thatsachen hinzutreten. Jene Theorie schliesst die freilich von Wach nicht direkt ausgesprochene Vermutung in sich, dass ein einmal entstandenes Recht bis zum Beweise seines Unterganges fortbestehe. Eine solche Vermutung wird noch von manchen Pandektenlehrbüchern aufgestellt, ist aber durch nichts be-

gründet[1]). Nicht auf der angeführten Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden und rechtsvernichtenden Thatsachen oder auf jener Vermutung beruht die Frage nach der Verteilung der Beweislast, sondern, wie gesagt, darauf, dass kein Beweis imstande ist, volle Gewissheit bez. der Wahrheit der zu beweisenden Thatsachen zu geben, dass er infolge des Dispositionsprinzips sowie des Prinzipes des wechselseitigen Gehörs ein solches im Civilprozess auch nicht soll, dass es vielmehr genügt, wenn prima facie der vom Kläger behauptete Anspruch begründet erscheint. Hat der Kläger den Richter von der Wahrscheinlichkeit der Begründetheit seines Anspruchs überzeugt, so steht es bei dem Beklagten, diesen hervorgebrachten Schein zu widerlegen. Beweiskraft besitzen demnach alle die Beweismittel, welche imstande sind, den Richter im gegebenen Falle von der Wahrscheinlichkeit der Begründetheit eines vorgebrachten Anspruchs zu überzeugen. Dass im vorliegenden Falle das richterliche Urteil den vom Regresskläger behaupteten Anspruch prima facie als begründet erscheinen lässt, dass es eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Bestehen eines besseren Rechtes des dritten, auf Grund dessen die Entwährung gegen den Regressberechtigten erfolgte, abgiebt, dass es daher Beweiskraft besitzt, kann, wenn anders man sich mit den obigen Ausführungen über den Beweis und die Verteilung der Beweislast einverstanden erklärt, sicherlich nicht geläugnet werden. Der Regresskläger braucht sich demnach nicht, wie Wach[2]) meint, auf die Unterlagen des Urteils zu berufen, er braucht nicht den Nachweis des korrekten Zustandekommens desselben zu führen, er braucht sich vielmehr nur auf das Vorhandensein des Urteils zu berufen; bei dem Gegner steht es dann, den

[1]) Wäre sie begründet, so bestände, um ein gelegentliches Beispiel von Schultze anzuführen, auch eine Vermutung dafür, dass eine einmal begründete Obligation fordauert, dass man also seine Schulden nicht bezahlt!

[2]) A. a. O., S. 629.

durch das Vorliegen des Urteils, welches prima facie die rechtliche Begründetheit seines Inhalts beweist, hervorgebrachten Schein durch den Nachweis seines inkorrekten Zustandekommens zu widerlegen.

Das Gesetz sagt nun, dass § 66 in Kraft zu treten habe, wenn die Rechtskraft des Urteils von Wirksamkeit sei auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zum Gegner. Hält man sich an den Gesetzestext, ohne die Motive zu berücksichtigen, die nicht mit diesem Text in Einklang stehen, so hat man den § 66 auf die Fälle der Rechtskraftwirkung, jedoch nicht auf die der Beweiskraftwirkung des Urteils anzuwenden. Es sind demnach unter den § 66 zu subsummiren lediglich die auch von Wach hierher gerechneten Fälle, in denen „die reine Rechtskraftwirkung Interventionsgrund ist[1])".

Dies ist neuerdings in einer Inauguraldissertation von dem Japaner Magoso Iwaya[2]) bestritten worden. Derselbe geht ebenfalls vom Wortlaut des § 66 aus und folgert daraus, dass das Gesetz nur sagt, die Rechtskraft der Entscheidung müsse „von Wirksamkeit" sein, ohne diese Wirksamkeit in ihrer Art und Weise zu fixiren, dass „es genüge zum Thatbestand des § 66, wenn nur die Entscheidung in irgend einer Beziehung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zum Gegner einwirke". Dies ist unrichtig, denn es widerspricht dem Gesetzestext. Nicht wenn irgend eine Urtheilswirkung vorliegt auf besagtes Rechtsverhältnis, sondern nur wenn eine Wirkung des Urteils in der Richtung seiner Rechtskraft besteht, soll der Paragraph Anwendung finden. Eine nähere Fixirung der Art und Weise, in der die Rechtskraft „von Wirksamkeit" ist, war nicht erforderlich; ist das Urteil in der Richtung seiner Rechtskraft auf ein ausserhalb des Rechtsstreites liegendes Rechtsverhältnis „von Wirksamkeit", so liegt der Fall immer

[1]) Wach a. a. O. S. 621 No. 1a und b.

[2]) Magoso Jwaya: „Die rechtliche Stellung des Nebenintervenient-Streitgenossen".

so, dass „ein Recht oder eine Pflicht der Existenz oder dem Umfang nach abhängt von dem zu erwartenden Urteil, in dem Sinne, dass die Entscheidung über das fremde Recht zugleich ist Entscheidung über das eigene Recht". (Wach S. 621.) Liegt der Fall anders, so ist eben das Urteil nicht in der Richtung seiner Rechtskraft, sondern in der Richtung seiner Beweiskraft „von Wirksamkeit". Rechtskraft des Urteils und Beweiskraft des Urteils sind sich ausschliessende Begriffe. Wenn man sagt, ein Urteil habe nur Beweiskraft in einem künftigen Prozesse, so spricht man eben damit aus, dass ihm die in § 66 verlangte Rechtskraft mangelt. Es fallen daher diejenigen Fälle, in denen, wie Iwaya[1]) selbst sagt, die Realisirung eines Rechtes des Nebenintervenienten erschwert wird dadurch, dass in einem künftigen Prozess zwischen dem Nebenintervenienten und dem Gegner das Urteil gegen Ersteren Beweiskraft hat, welche Iwaya infolge seiner unrichtigen Deduktion für Fälle des § 66 hält, nicht unter jenen Paragraphen.

Ferner nimmt Iwaya[2]) an, dass in dem bei Wach (S. 626 No. 37) citirten Falle des ALR. I. 14. § 313 eine Rechtskraftwirkung vorliege und er daher auch unter den § 66 zu subsummiren sei. Dieses ist ebenfalls unrichtig, denn hier bindet, wie Wach richtig sagt, „nicht die Rechtskraft als eine über die Rechtsverhältnisse des Intervenienten ergehende autoritative Urteilsnorm". „Das deutliche Merkmal für den Mangel der Rechtskraft ist die materielle Anfechtbarkeit des Urteilsinhalts durch den Dritten in mehr oder weniger beschränktem Umfang". (Wach S. 626 No. 2). Das Urteil kann aber im Falle des § 313 des ALR. von dem Bürgen angefochten werden, wenn er z. B. eine Kollussion zwischen Hauptschuldner und Gläubiger nachweist, denn das Gesetz hat lediglich den Inhalt eines einwandfrei zustande gekommenen Urteils im Auge. Auch hier wirkt lediglich die Beweiskraft

[1]) A. a. O. S. 24 f, No. 3.
[2]) A. a. O. S. 23 f., No. 2.

des Urteils auf das Verhältnis des Nebenintervenienten zum Gegner ein. Das Urteil ist Beweismittel für die Höhe des Betrages, für den der Bürge zu haften hat. Diesen Beweis ist der Bürge imstande zu entkräften, indem er Gegenbeweis antritt darüber, dass jenes Urteil auf nicht einwandfreie Art entstanden ist, und zugleich die wahre Höhe seiner Haftung nachweist.

Welche besondere Stellung hat nun der Nebenintervenient in diesen Fällen? Zwei Hauptansichten[1]) stehen sich gegenüber. Nach der einen sind die Worte „gilt im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Hauptpartei" nur ein Vergleich, der den eigentlichen Gesetzeswillen zum Ausdruck bringen soll, dass der Nebenintervenient zwar seine accessorische Stellung behält, dass ihm aber weitergehende Befugnisse eingeräumt werden. Nach der andern soll der Nebenintervenient wirklicher Streitgenosse sein, es soll eine subjektive Klagenhäufung ex post eintreten. Diese Meinung kommt zu dem Resultat, dass der Nebenintervenient für oder gegen sich ein Urteil erlangen kann, und dass abweichende Entscheidungen für den Nebenintervenienten und die unterstützte Partei möglich sind. Eines Teils ist man nun der Ansicht, dieses Resultat sei eine Folge davon, dass der Anspruch des Nebenintervenienten rechtshängig sei. Dieser Ansicht ist v. Canstein (a. a. O.). Er meint, dass das Urteil über die Klagen des Nebenintervenienten bezw. gegen denselben auch ohne seinen Beitritt stillschweigend mit entscheidet, da der Kläger bezw. Beklagte als Geschäftsführer ohne Auftrag im Namen des Dritten handelt, ihn vertritt. Daraus folgert er, dass der Dritte doch sicherlich das Recht haben müsse, statt sich ferner vertreten zu lassen, persönlich in den Prozess als Streitgenosse einzutreten und zu handeln. Eine solche Annahme ist jedoch unhaltbar. Denn einmal kann von einer Rechtshängigkeit

[1]) Es wird auf die Zusammenstellung der einzelnen Ansicht bei Wach (S. 648 f. unter II.) und Iwaya (a. a. S. 1 ff.) verwiesen.

meiner actio nur die Rede sein, wenn ein prozessualer Akt in Beziehung auf mich vorliegt. Ferner vertritt die Partei im Prozess doch nur ihr eigenes Recht, und das Urteil wirkt nicht deshalb für und gegen den dritten, weil die Partei als sein negotiorum gestor handelt — sie denkt vielleicht gar nicht daran, dass die Rechtsverhältnisse eines Dritten durch das ergehende Urteil mitbetroffen werden — sondern nur deshalb, weil das bürgerliche Recht ihm eine erweiterte Rechtskraft ausdrücklich zuschreibt.

Die anderen Vertreter der Parteistellung des Nebenintervenienten wollen hingegen die Streitgenossenqualität desselben nicht aus einer solchen angenommenen Rechtshängigkeit seiner actio, sondern einfach aus dem Umstande herleiten, dass das Gesetz ihn zum Streitgenossen ausdrücklich erkläre. Im übrigen sind die Meinungen wieder geteilt, bez. der Frage, ob der Nebenintervenient in seiner Stellung als Streitgenosse unbeschränkt sei oder ob er eine Beschränkung erleide, insofern er die Grenzen des Rechtsstreits nicht erweitern könne durch Klageänderung, Klageerweiterung oder Widerklage. Ferner sind einige der Ansicht, bez. der Stellung des Nebenintervenienten als Streitgenosse sei nur der § 58 anwendbar, während andere annehmen, dass, da der § 58 als eine Ausnahme den § 59 vorbehalte, auch dieser Paragraph anwendbar sei, wenn das Rechtsverhältnis dem Nebenintervenienten und der Partei gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann.

Auf diese einzelnen Ansichten brauchen wir nicht näher einzugehen, da wir der Meinung sind, dass nach § 66 dem Nebenintervenienten niemals wirklich eine Streitgenossenstellung zukomme. Streitgenossen sind nach § 56 CPO. solche Personen, welche gemeinsam klagen oder verklagt werden, oder diejenigen Personen, deren Prozesse nach § 138 CPO. in einem Verfahren verbunden werden. Der Begriff des Streitgenossen setzt Parteiqualität voraus, nur Prozessparteien können Streitgenossen sein. Der Begriff der Partei ist ein prozessualer; er

ergiebt sich aus dem Zweck und Wesen des Prozesses. Zweck und Wesen des Prozesses beruht in der formellen rechtskräftigen Feststellung von Rechtsverhältnissen oder rechtserheblichen Thatsachen[1]). Prozesspartei ist somit nur derjenige, welcher

[1]) So Schultze: „Das deutsche Konkursrecht, S. 147 ff. Dagegen Wach, S. 10, No. 4, ohne zulängliche Begründung. Allerdings kann rechtsgeschäftliche Thätigkeit ebenso wie der Prozess „unanfechtbare Formulirung" bezwecken und erreichen. Aber „unanfechtbare Formulirung durch rechtsgeschäftliche Thätigkeit" und „rechtskräftige Feststellung" stehen nur bez. der Wirkung gleich, bez. der Ursache dieser Wirkung sind sie verschieden. Das spezifische Merkmal der durch Prozess erfolgenden „unanfechtbaren Formulirung" liegt in dem formellen Moment der Rechtskraft. Dieses mangelt den „unanfechtbaren Formulirungen" der Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Unanfechtbarkeit solcher Akte beruhen immer auf materiellen Gründen, sie können nie formell unanfechtbar feststellen. — Das Schiedsverfahren stellt allerdings formell unanfechtbar fest; es ist aber auch Prozessverfahren. Auch Francke (a. a. O., S. 5) meint, dass „diese Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit" „kein rechtliches Streitverfahren" sei. Der letzte Begriff ist zunächst ein unklarer. Der aufgestellten Ansicht widerstreitet die Thatsache, dass die CPO. dieses Verfahren rechtlich regelt, indem sie angiebt, in welchen Fällen ein solches Verfahren überhaupt nur zulässig sei, und indem sie ferner ganz bestimmte Erfordernisse der Wirksamkeit eines Schiedsspruches aufstellt. Im übrigen beruft sich Francke darauf, dass der Schiedsvertrag durch § 851 CPO. dem Vergleiche gleichgestellt werde. An eine solche Gleichstellung hat die CPO aber nicht gedacht, sie wollte nur aussprechen, dass die Parteien eine rechtskräftige Feststellung eines Privatrechtsverhältnisses nur insoweit in dieser besonderen Art des Prozessverfahrens betreiben können, als sie über dasselbe Vergleiche zu schliessen berechtigt sind, d. h. soweit als dieses Rechtsverhältnis der freien Privatdisposition unterliegt; § 851 bestimmt also lediglich die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Schiedsvertrages. Man könnte vielleicht noch einwenden, dass das Verfahren vor dem Schiedsrichter nicht in den Formen einer mündlichen Verhandlung im Sinne der CPO. vor sich gehe, und dass es deshalb kein Prozessverfahren sei. Dem ist aber zu entgegnen, dass das wesentliche eines ordentlichen Rechtsstreits nur die Möglichkeit eines rechtlichen Gehörs seitens des erkennenden Richters ist. In welchen Formen dies geschieht, ist für den Begriff eines ordentlichen Rechtsstreites an sich unerheblich. Indem nun die CPO. in § 867, No. 4 ausdrück-

rechtskräftige Feststellung bez. eines Rechtsverhältnisses verlangt, oder gegen welchen sie verlangt ist. Man wird zur Prozesspartei lediglich durch Klagen oder Verklagtwerden, oder dadurch, dass man in eine Parteirolle gültig succedirt. Man wird zur Partei durch einen formellen prozessualen Akt. Fehlt es an einem solchen, so kann ich nicht Prozesssubjekt sein, trotzdem über mein Rechtsverhältnis rechtskräftig mitentschieden wird, liegt ein solcher in Beziehung auf mich vor, so bin ich Prozesssubjekt, gleichgiltig, ob ich wirklich Subjekt des fraglichen Rechtsverhältnisses bin (so bei mangelnder Aktiv- oder Passivlegitimation). Man kann also die Streitgenossenstellung des Nebenintervenienten nicht damit begründen, dass das Rechtsverhältnis des Dritten rechtshängig ist. Die Rechts-

lich einen Schiedsspruch für unwirksam erklärt, in dem einer Partei in dem Verfahren ohne ihre Zustimmung das rechtliche Gehör verweigert wurde, hat sie die Natur des schiedsrichterlichen Verfahrens als Prozessverfahren bestimmt anerkannt. Ich bin nach dem Gesagten gegen Francke auch der Ansicht, dass im schiedsrichterlichen Verfahren eine Nebenintervention möglich ist. Dass jedoch für diese Nebenintervention die in der CPO. aufgestellten Regeln, wie andere prozessualische Regeln, nur insoweit massgebend sein können, als sie nicht durch Parteiabreden geändert oder aufgehoben werden, bemerkt mit Recht Seuffert No. 3, I zu § 63. — Weiter sagt Wach: „Der Prozess zweckt nicht schlechthin ab auf unanfechtbare Rechtsformulirung“, und führt als Beispiel die exekutivischen Prozessarten, das Konkursverfahren und die Klage auf Vollstreckungsurteil oder auf Erteilung der Vollstreckungsklausel an. Es handelt sich aber auch im Arrestprozess um formell unanfechtbare Feststellung darüber, ob einem Gläubiger ein bestimmtes Befriedigungsobjekt vorzubehalten sei oder nicht (§ 805, Abs. 1). Ebenso ist Zweck des Konkursverfahrens rechtskräftige Feststellung der jedem Gläubiger zukommenden Quote an der zur Verteilung kommenden Masse; Zweck der Klage auf Vollstreckungsurteil die rechtskräftige Feststellung, dass bei dem ausländischen Urteil den formellen Anforderungen, die die CPO. an dasselbe stellt, genügt ist; Zweck der Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel rechtskräftige Feststellung, dass die in § 664 und 665 CPO. angegebenen Thatsachen, deren Nachweis durch öffentliche Urkunde nicht möglich war, vorliegen.

hängigkeit hat immer eine bestimmte persönliche Richtung. Der Streit ist jedoch nicht gegen den Dritten rechtshängig. Solange rechtskräftige Feststellung des Rechtsverhältnisses nicht gerade von dem Dritten gefordert oder gerade gegen den Dritten begehrt wird, ist derselbe auch nicht Partei. Da nun eine solche Rechtshängigkeit gegen den Nebenintervenienten nicht schon auf Grund einer auftraglosen Stellvertretung durch die Hauptpartei anzunehmen ist, so müsste zur Begründung der Rechtshängigkeit eine Klagerhebung erfolgen. Von einem solchen Beitritt als Streitgenosse ex post weiss die CPO. nichts. Ein solcher wäre aber auch, wenn wirklich von der CPO. zugelassen, nur auf seiten des Klägers möglich; dem auf seiten des Beklagten beitretenden Dritten ist nach der CPO. keine Möglichkeit gegeben, als wirklicher Streitgenosse aufzutreten, d. h. sich als Prozessgegner dem Kläger aufzudrängen. Nun vollzieht sich aber in allen Fällen der Beitritt des Nebenintervenienten durch einfache Beitrittserklärung auf Grund Glaubhaftmachung seines Interesses — man muss die § 63—68, die ein dem Zweck nach einheitliches Institut schaffen, im Zusammenhang interpretieren — es kann somit nie eine Rechtshängigkeit des Streites gegen den Nebenintervenienten bewirkt werden, er kann nie Partei sein.

Von den Vertretern der zweiten Hauptansicht, die ebenfalls wesentlich von einander abweichen, kommt Francke der ersten Hauptansicht im Resultat am nächsten. Er nimmt einerseits an, dass der Nebenintervenient auch im Falle des § 66 nicht wirklicher Streitgenosse werde, sondern Nebenintervenient bleibe, er verneint also die formelle Parteistellung des Nebenintervenienten. Andererseits aber meint er, dass nichtsdestoweniger auf die „Nebenpartei", wie er den Nebenintervenienten fortgesetzt nennt, in vollem Umfang die Bestimmungen des § 58 und „als dessen Zubehör und Ergänzung" auch die des § 59 zur Anwendung zu bringen seien. Hierdurch kommt er zu dem Resultat, dass die „Nebenpartei" des § 66

zwar nicht Hauptpartei werde, aber einer Hauptpartei völlig gleich stehe, abgesehen davon, dass sie die Grenzen des Rechtsstreits weder durch Widerklage noch durch einen sonstigen Antrag nach § 253 CPO. erweitern, und dass er — mit Ausnahme des Kostenpunktes — eine Verurteilung weder selbst erleiden, noch für sich einwirken könne. Diese Gleichstellung soll sich vor allem darin äussern, dass die „Nebenpartei" dem Gegner gegenüber etwas für sich erstreiten, und zwar zur Hauptsache etwas erstreiten könne, allerdings nicht eine Verurteilung, wohl aber die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. Francke behauptet also, dass hier ein Feststellungsinteresse gemäss § 231 vorliege, welches von der „Nebenpartei" durch Nebenintervention geltend gemacht werde. Handelt es sich daher in dem Rechtsstreit um eine Feststellungsklage, so hat nach Francke der Nebenintervenient, abgesehen von der Befugnis, die Grenzen des Rechtsstreites zu erweitern, ganz die gleiche Stellung, wie die Partei.

Gegen die Bezeichnung des Nebenintervenienten als einer „Nebenpartei" haben wir uns schon oben ausgesprochen. Der Parteibegriff ist ein einheitlicher. Nur die Subjekte, für bezw. gegen welche rechtskräftige Feststellung verlangt wird, sind die Parteien. Jeder andere im Prozess auftretende kann nur eine namens einer solchen Partei handelnde Person sein. Dass eine solche „Nebenpartei", die nicht wirkliche Partei ist, die volle Stellung eines Streitgenossen einnehmen soll, ist m. E. ein Widerspruch, denn unter Streitgenossenschaft versteht die CPO. doch gerade die Vereinigung mehrerer Personen in einer Parteirolle. Ebenso steht die Behauptung Franckes, der Nebenintervenient könne eine rechtskräftige Feststellung dem Gegner gegenüber erstreiten, mit seiner sonstigen Ansicht, dass er nicht Partei ist, im Widerspruch. Und dieser Widerspruch wird auch nicht dadurch beseitigt, dass Francke betont, dass der Nebenintervenient keine „Verurteilung" erleiden oder er-

wirken könne. Denn jedes Erkenntnis zielt nur auf rechtskräftige Feststellung hin; auch das sog. verurteilende Erkenntnis ist kein Befehl des Richters an den Beklagten, er solle erfüllen, sondern nur eine Feststellung, dass der Kläger zu fordern berechtigt sei. Der Unterschied zwischen einem Urteil auf Grund einer Feststellungsklage und einem solchen auf Grund einer Leistungsklage besteht nur darin, dass im letzteren Falle neben dem Bestehen eines Rechtsverhältnisses zugleich eine Leistungspflicht, im ersteren dagegen nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, ohne gleichzeitige Leistungspflicht festgestellt wird. Da aber eine derartige Feststellung nur für und gegen die Parteien erfolgt, so wird der Nebenintervenient, sobald er die Befugnis erhält, dem Gegner gegenüber eine rechtskräftige Feststellung zu erwirken, zur wirklichen Partei im Prozess.

Im Resultat steht also auch Francke auf dem Standpunkt der Parteistellung des Nebenintervenienten, den wir oben zurückzuweisen versucht haben.

Eine vermittelnde Ansicht hat Wach. Er sagt, der Nebenintervenient des § 66 sei „materiell selbst Partei", formell bleibe er Intervenient, er könne infolge dessen alle prozessualischen Handlungen, die Ausfluss der Parteistellung sind, nicht wirksam vornehmen. Im letzten Punkte stimmen wir Wach völlig bei, was er aber damit meint, dass der Nebenintervenient „materieller Streitgenosse" sei, dass daher sein Beitritt als eine incidente Klagenhäufung bezeichnet werden könne, ist deshalb ganz unklar, weil er dem Nebenintervenienten die formelle Parteistellung mit Recht abspricht. „Materielle Partei", „materieller Streitgenosse" ist ein Widerspruch in sich, da ja der Begriff der Partei und des Streitgenossen ein prozessualischer und kein materiellrechtlicher ist. Man kann nur annehmen, dass Wach damit habe sagen wollen, dass der Nebenintervenient des § 66 der Partei in materieller Beziehung insofern gleichsteht, als über sein Recht

mit entschieden wird. Damit ist aber nichts gesagt, was man für seine Stellung im Prozess verwerten könnte. Aber was wollte Wach dann mit der incidenten Klagenhäufung sagen? Da Wach zu den Fällen des § 66 nur diejenigen rechnet, in denen die reine Rechtskraftwirkung des Urteils Interventionsgrund ist, so ist er auch mit Recht der Ansicht, dass eine divergirende Entscheidung für die Partei und den Nebenintervenienten ganz unmöglich ist. Damit hält er aber zugleich als erwiesen, dass das Citat des § 58 in § 66 nicht richtig, dass vielmehr der § 59 gemeint sei. Eine solche Annahme ist m. E. ebenso wie die, dass der § 59 neben dem § 58 citirt sei, willkürlich und ungerechtfertigt, zumal das Citat des § 58, wie wir unten sehen werden, völlig ausreicht. Welche Folgerungen nun daraus, dass der Nebenintervenient „materieller Streitgenosse“ sei und dass die CPO. eigentlich den § 59 habe citiren wollen, zu ziehen seien, giebt Wach nicht näher an. Er sagt nur, der Nebenintervenient sei nicht Streitgenosse, sondern „gelte“ nur als solcher, die Anwendung sei eine entsprechende, der Nebenintervenient werde nur unabhängig vom Willen der Partei gestellt. Wie widersprechende Erklärungen der Partei und des Nebenintervenienten zu behandeln seien, darüber schweigt Wach völlig. Man kann nur annehmen, dass er sie wie die Handlungen und Erklärungen von Streitgenossen nach § 59 CPO. behandelt wissen will.

Wir kommen nun zur positiven Bestimmung der rechtlichen Stellung des Nebenintervenienten des § 66. Wie wir zu zeigen suchten, kann derselbe nicht wirklicher Streitgenosse d. h. Prozesspartei sein. Diese Erkenntnis führt auf die richtige Theorie, das ist die von Schultze („Nebenintervention“ S. 79 ff.) entwickelte. Sie führt vor allem zu der Konsequenz, dass der Nebenintervenient des § 66, da nur die Parteien die im Prozess figurirenden Subjekte sind, nicht auf eigenen Namen auf eigene Rechnung handeln kann, dass er somit für sich — abgesehen vom Kostenpunkt — nichts erstreiten, auch keine

Verurteilung erleiden kann. Er kann lediglich namens einer Partei handeln und nur durch dieses Handeln für die unterstützte Partei — genau wie im Falle des § 64 — einen Einfluss auf den Prozess gewinnen, mit einem Worte: auch er bleibt Nebenintervenient und hat als solcher bez. seines Rechtes, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, die gleiche rechtliche Stellung wie der Nebenintervenient des § 64. Mit einer Ausnahme. Obgleich er im Falle des § 66 prozessualer Vertreter der Partei bleibt, „gilt er", wie das Gesetz sagt, im Sinne des § 58 als Streitgenosse. Mit diesem Vergleich will die CPO. ihm eine selbstständigere Stellung im Prozess einräumen. Der Nebenintervenient soll, trotzdem er als Vertreter der Partei handelt, eine ähnliche unabhängige Stellung der von ihm unterstützten Partei gegenüber haben, wie sie ein Streitgenosse dem andern gegenüber hat. Es sind natürlich die Bestimmungen des § 58 nicht ausnahmslos anwendbar. Die CPO. will den Nebenintervenienten ja nicht mit dem Streitgenossen identifiziren, sondern sie will nur gewisse Sätze, welche von Streitgenossen gelten, innerhalb des Rahmens der Nebenintervention auch auf den Nebenintervenienten anwendbar erklären. Dieselben können nur insoweit zur Anwendung gebracht werden, als solche mit der Natur und dem Zweck des Institutes vereinbar sind.

Francke meint zwar, der § 66 enthalte Sonderrecht, der in § 63 Abs. 1 gethane Ausspruch, der Beitritt des Nebenintervenienten erfolge zum Zweck der Unterstützung einer Partei, enthalte nur Regelrecht, das für den Nebenintervenienten des § 66 nicht gelte. Dass der Zweck des Beitrittes in den Fällen des § 66 ein anderer sei, als in dem regelmässigen Falle des § 64 ist aber nirgends in der CPO. ausgesprochen. Und nimmt man an, dass in den Fällen des § 66 der Dritte nicht behufs Unterstützung einer Partei beitritt, so schafft man dadurch ein seiner Natur nach von der Nebenintervention völlig

verschiedenes Institut, dem jener Name jedenfalls nicht mehr zukommt. Es kann daher die Bestimmung des § 58, dass die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen sollen, auf den Nebenintervenienten nicht Anwendung finden, da ja der Beitritt als Nebenintervenient gerade den Zweck hat, den Sieg der Partei zu fördern. Würde man diese Bestimmung dennoch anwenden, so wäre der Zweck der Nebenintervention illusorisch gemacht. Ein Handeln des Nebenintervenienten hätte überhaupt keinen Sinn. Denn seine Handlungen hätten weder Wirksamkeit für die Partei infolge der Anwendung jener Bestimmung, noch könnten sie solche für ihn selbst haben, da ihm die Parteiqualität mangelt, er nicht Prozesssubjekt ist.

Bedeutungsvoll für den § 66 ist daher nur die Bestimmung des § 58, wonach Streitgenossen dem Gegner als einzelne gegenüber stehen. Ebenso soll nach dem Sinne des Citates des § 58 auch der Nebenintervenient dem Gegner als einzelner, unabhängig von der unterstützten Partei gegenüber stehen. Es soll dadurch der Partei ihr Recht des Widerspruchs gegen Handlungen und Erklärungen des Nebenintervenienten genommen werden, die Partei und der Nebenintervenient sollen beide, gerade wie zwei Streitgenossen, unabhängig von einander handeln können[1]). Das allein bedeutet das Citat des § 58.

Entsprechend dieser unabhängigen Stellung gestattet die CPO. § 414 die Zuschiebung von Eiden an den Nebenintervenienten des § 66. An sich ist eine Eideszuschiebung ja nur an die Partei oder deren gesetzlichen Vertreter (im engeren Sinne) zulässig, hier ist sie aber um deswillen möglich, weil der Nebenintervenient Subjekt des in lite befindlichen Rechtsverhältnisses mit ist, also auch darüber disponiren kann. Man muss hieraus folgern, dass ihm auch der richerliche Eid auferlegt werden kann, und dass er zur eidlichen Schätzung des

---

[1]) Es wird auf die Darstellung bei Schultze verwiesen.

Interesses nach § 260 zuzulassen ist. Auch in Betreff der Urkundeneditionspflicht muss man ihn wie einen Streitgenossen behandeln, d. h. der Gegner braucht nicht Klage auf Edition zu erheben, sondern er kann direkt einen Editionsantrag nach § 386 gegen ihn stellen. Ein solches ist deshalb möglich, weil der Editionseid gemäss § 414 von ihm verlangt werden kann.

Der Nebenintervenient des § 66 soll also in Betreff seiner Handlungen und Erklärungen unabhängig vom Willen der Partei sein. Eine andere Frage ist es, welche Wirkungen die beiderseitigen Handlungen im Falle eines Widerspruches haben. Dieses kann sich natürlich nicht nach den Regeln von der Streitgenossenschaft bestimmen, sondern es ergibt sich naturgemäss aus dem Zwecke der Nebenintervention. Nebenintervenient und Partei können, wie oben gesagt, unabhängig von einander handeln, d. h. vom Standpunkt des Gegners aus gesehen, beide können unabhängig von einander auf denselben prozessualischen Erfolg, nämlich das Unterliegen des Gegners hinwirken. Solange also noch einer von beiden eine Handlung oder Erklärung vorbringt, welche geeignet ist, ein Unterliegen des Gegners zu fördern, kann von einem Siege desselben nicht die Rede sein. Solange also der Nebenintervenient eine derartige Handlung oder Erklärung vorbringt, hat der Gegner, unbekümmert darum, ob die Partei widersprochen hat oder nicht, dagegen Stellung zu nehmen, sich zu verteidigen; thut er dieses nicht, so unterliegt er. Der Gegner hat sich also immer auf die prima facie dem Siege der unterstützten Partei förderlichen Handlung einzulassen, mit anderen Worten: eine solche Handlung geht der gegenteiligen widersprechenden Handlung vor[1]. Bestreitet also der Nebenintervenient eine gegnerische Behauptung, während die Partei zugesteht oder umgekehrt, so gilt die Handlung bis zum Gegen-

[1]) Schultze S. 83, der von Iwaya S. 66 No. 1 offenbar missverstanden wird.

beweis für bestritten. Immerhin wird aber in diesem Falle das Zugeständnis des einen oder anderen, da der Richter die Frage, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder unwahr zu erachten sei, nach freier Überzeugung zu entscheiden hat, als Beweisgrund in Betracht kommen. Hat ferner der Nebenintervenient ein Rechtsmittel eingelegt, ein an sich erhebliches Beweiserbieten oder ein Editionsgesuch vorgebracht, so kann er dasselbe auch dann durchsetzen, wenn die Partei widersprochen oder verzichtet hat. Bez. des Editionsgesuches, welches auf einen der Hauptpartei zustehenden Editionsanspruch gestützt ist, ist Seuffert[1]) anderer Meinung, weil, wenn der Nebenintervenient auch in Ausübung rein prozessualer Befugnisse unabhängig von der Hauptpartei ist, derselbe doch nicht über deren materiellen Anspruch auf Edition disponiren könne. Es handelt sich aber hier um ein Mittel der Prozessführung, nämlich des Beweises. Insofern ist der Urkundeneditionsanspruch im Prozess nur ein prozessualer Anspruch, auch wenn er einen civilrechtlichen Grund haben mag.

Als Resultat der vorstehenden Erörterung ergibt sich, dass der Nebenintervenient auch in den Fällen des § 66 nicht Streitgenosse, sondern ein der Partei zum Zweck ihrer Unterstützung beitretender Vertreter kraft eigenen Rechts ist, der dem Gegner gegenüber, insoweit er nur den Obsieg der Partei fördert, selbst gegen den ausdrücklichen Widerspruch der Partei für dieselbe prozessualisch zu handeln befugt ist.

Der § 96[2] in Verbindung mit § 95 zeigt uns die Kehrseite der Befugnis des Nebenintervenienten, unabhängig, wie ein Streitgenosse, prozessualisch zu handeln; es wird nämlich bestimmt, dass der Nebenintervenient des § 66 im Falle des Unterliegens der Hauptpartei für die Kostenerstattung dem Gegner wie ein Streitgenosse haftet. Es findet also zwischen dem Nebenintervenienten und der Hauptpartei regelmässig

[1]) Note 1 zu § 386.

gemäss § 95[1] eine Kopfteilung bezüglich des Kostenersatzes statt. Diese Haftung für die Kosten tritt kraft Gesetzes ein, ohne dass es eines richterlichen Ausspruches bedarf. Hat der Nebenintervenient ein besonderes Angriffs- oder Verteidigungsmittel oder ein Beweiserbieten im Widerspruch mit der Partei, oder doch ohne ihre Mitwirkung geltend gemacht, so haftet er hierfür nach § 95[3] nur allein. Eine Solidarhaft für die Kosten tritt nur dann ein, wenn der Nebenintervenient und die Partei nach bürgerlichem Recht dem Gegner auch für die Erfüllung der streitigen Verpflichtung solidarisch haften.

Bez. des Rechtes des Nebenintervenienten des § 66 überhaupt vom Gegner die Erstattung der durch die Nebenintervention verursachten Kosten, und speziell vom ausländischen Kläger Kaution für die Prozesskosten zu verlangen, gilt ein gleiches, wie für den Nebenintervenienten des § 64.